Vorschläge zur Novellierung des deutschen Wasserrechts

Rechtsgutachten

im Auftrag des
Deutschen Maritimen Zentrums e.V.

erstellt von

Rechtsanwalt Dr. Frank Fellenberg, LL.M.

Rechtsanwalt Dr. Kay Artur Pape

Rechtsanwalt Dr. Sebastian Steinbarth, LL.M.

Rechtsanwältin Kathrin Dingemann

Rechtsanwalt Dr. Julian Augustin

Rechtsanwältin Dr. Bettina Gausing

Rechtsanwalt Dr. Gernot Schiller

Rechtsanwalt Prof. Dr. Alexander Schink

Rechtsanwältin Dr. Sophia Pommer

Rechtsanwalt Florian van Schewick

Rechtsanwältin Laura Arenz

Berlin/Bonn/Leipzig/Brüssel, im Juli 2019

Inhalt

1. Anlass und Gegenstand der Evaluierung	1
2. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	4
2.1 Bewirtschaftung oberirdischer Gewässer	4
2.2 Bewirtschaftung des Grundwassers.....	6
2.3 Verfahren für die Erteilung wasserrechtlicher Gestattungen.....	7
2.4 Anlagen an Gewässern	7
2.5 Abwasserbeseitigung	8
2.6 Wasserrechtliche Planfeststellungsverfahren.....	9
2.7 Umgang mit wassergefährdenden Stoffen.....	11
2.8 Hochwasserschutz	12
2.9 Wasserschutzgebiete.....	13
2.10 Gewässerschutzbeauftragter	13
2.11 Wasserpreiskontrolle	14
3. Einzelanalyse des deutschen Wasserrechts und Verbesserungsvorschläge	15
3.1 Bewirtschaftung oberirdischer Gewässer.....	15
3.1.1 Verschlechterungsverbot	17
3.1.1.1 Legaldefinition des Verschlechterungsbegriffs.....	17
3.1.1.1.1 Irrelevanz von rein messtechnisch nicht erfassbaren Veränderungen und von Veränderungen innerhalb der natürlichen Band- und Schwankungsbreite ...	20
3.1.1.1.2 Irrelevanz rein lokaler Beeinträchtigungen	21
3.1.1.1.3 Irrelevanz nur kurzfristiger Verschlechterungen.....	23
3.1.1.1.4 Weitergehende Erheblichkeitsschwelle im engeren Sinne?.....	23
3.1.1.2 Festschreibung der nur unterstützenden Bedeutung der chemischen Qualitätskomponenten zur Beurteilung des ökologischen Zustands	26
3.1.1.3 Kriterien zur Abgrenzung der Zustandsklassen der biologischen Qualitätskomponenten.....	30
3.1.1.4 Umgang mit natürlichen Hintergrundkonzentrationen von Stoffen in Zulassungsverfahren.....	32
3.1.2 Verbesserungsgebot/Zielerreichungsgebot	33
3.1.2.1 Nähere Ausgestaltung des Verhältnisses von Bewirtschaftungs- und Maßnahmenplanung und Zulassungsverfahren.....	33
3.1.2.2 Erweiterung der Öffnungsklausel in § 29 Abs. 3 Satz 2 WHG.....	37
3.1.3 Ausweitung der Ausnahmeregelungen in § 31 Abs. 2 WHG	38
3.1.3.1 Ausnahmefähigkeit von Veränderungen des stofflichen Zustands eines Oberflächenwasserkörpers.....	38
3.1.3.2 Konkretisierung der Alternativenbetrachtung (§ 31 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 WHG)	41
3.1.4 Einführung eines gestuften Prüfverfahrens.....	42

3.2	Bewirtschaftung des Grundwassers.....	43
3.2.1	Bewirtschaftungsziele für das Grundwasser.....	44
3.2.2	Begriff der Verschlechterung.....	46
3.2.3	Verhältnis von Verschlechterungsverbot und Besorgnisgrundsatz gemäß § 48 WHG	49
3.2.4	Ausweitung der Ausnahmeregelungen.....	51
3.2.5	Verbesserungsgebot – Fristverlängerung	54
3.2.6	Trendumkehrgebot	54
3.2.7	Operationalisierung der Geringfügigkeitsschwellen	56
3.3	Verfahren für die Erteilung wasserrechtlicher Gestattungen (§§ 8 ff. WHG)...	59
3.3.1	Voraussetzungen für die Erteilung einer gehobenen Erlaubnis (§ 15 Abs. 1 WHG)...	59
3.3.2	Verhältnis wasserrechtlicher Gestattungen zum wasserwirtschaftlichen Anlagenrecht (§ 36 WHG).....	61
3.3.3	Befreiung von der landesrechtlichen Entgeltspflicht für Ausbau- und Unterhaltungsmaßnahmen des Bundes in Bundeswasserstraßen.....	63
3.3.4	Erleichterungen für die Verlängerung wasserrechtlicher Gestattungen	65
3.3.5	Änderung wasserrechtlicher Gestattungen	68
3.4	Anlagen an Gewässern (§ 36 WHG)	70
3.4.1	Formelle und materielle Zulassungsvoraussetzungen nach Landesrecht	71
3.4.1.1	Konkretisierung des Allgemeinwohlbelangs	71
3.4.1.2	Einschränkung des Erfordernisses eines gemeindlichen Einvernehmens	72
3.4.2	Bundesrechtliche Genehmigungsfreistellung für Anlagen der Gewässerunterhaltung	73
3.4.3	Anwendung von § 36 WHG auch bei nicht genehmigungsbedürftigen Anlagen und in Planfeststellungsverfahren für den Gewässerausbau.....	75
3.4.4	Vorschläge zur Planungsbeschleunigung	76
3.5	Abwasserbeseitigung	77
3.5.1	Regelungssystem (§§ 54 ff. WHG, AbwV).....	77
3.5.2	Bewertung und Optimierungsvorschläge	81
3.5.2.1	Elimination von Mikroverunreinigungen – flächendeckende Einführung der vierten Reinigungsstufe.....	81
3.5.2.2	Vereinheitlichung von IZÜV und WHG	87
3.5.2.2.1	Regelungsdefizite in Bezug auf die Notwendigkeit der Öffentlichkeitsbeteiligung.....	88
3.5.2.2.2	Regelungsdefizite in Bezug auf den Verzicht der Öffentlichkeitsbeteiligung.....	90
3.5.2.2.3	Regelungsdefizit in Bezug auf Ausnahmen in besonderen Fällen (Art. 15 Abs. 4 IE-RL).....	91
3.5.2.2.4	Beseitigung von Vollzugsdefiziten im Hinblick auf kläranlagenspezifische, jedoch nicht einleitungsrelevante BVT-Schlussfolgerungen	94
3.5.2.3	Lösung bestehender Rechtsunsicherheiten bei der Abgrenzung der Industriekläranlage von der Gemeinschaftsanlage (industrielle/häusliche Abwässer)	95

3.5.2.4	Festlegung von Qualitätsstandards für das Niederschlagswasser auf Bundesebene	98
3.6	Wasserrechtliche Planfeststellungsverfahren/Planungsbeschleunigung	105
3.6.1	Öffentlichkeitsbeteiligung und Auslegungsfristen.....	105
3.6.2	Erörterungstermin	106
3.6.3	Elektronische Durchführung der Öffentlichkeitsbeteiligung	106
3.6.4	Einführung einer Stichtagsregelung für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage ..	108
3.6.5	Verzicht auf erneute Öffentlichkeitsbeteiligung	109
3.6.6	Projektmanager in Planfeststellungsverfahren.....	111
3.6.7	Personelle Ausstattung der zuständigen Behörden	112
3.7	Umgang mit wassergefährdenden Stoffen	113
3.7.1	Anforderungen an die Rückhaltung und an die Entwässerung bei ortsfesten Anlagen	113
3.7.1.1	Privilegierung von Umschlaganlagen (§ 62 Abs. 1 Satz 3 WHG).....	113
3.7.1.2	Wasserhaushaltsrechtlicher Begriff der Umschlagsanlage	115
3.7.1.3	Öffnungsklausel für strengere landesrechtliche Vorschriften (§ 62 Abs. 5 WHG).....	116
3.7.2	Anforderungen an Lager- und Umschlagflächen sowie an Umschlaganlagen des intermodalen Verkehrs	118
3.7.2.1	Privilegierung von Umschlagflächen	118
3.7.2.2	Kurzfristige Zwischenlagerungen von unverpackten Schüttgütern.....	119
3.7.2.3	Privilegierung von Verkehrsflächen.....	120
3.7.2.4	Umschlaganlagen des intermodalen Verkehrs	121
3.7.2.5	Umschlaganlagen und Anlagen zur nur vorübergehenden Zwischenlagerung in Überschwemmungsgebieten	122
3.7.3	Abgrenzung zum Gefahrgutbeförderungsrecht.....	123
3.8	Hochwasserschutz	124
3.8.1	Verbesserungen durch das Hochwasserschutzgesetz II.....	124
3.8.2	Freistellung von Hafenanlagen in § 78 Abs. 1 Satz 2, Abs. 4 Satz 2 WHG.....	125
3.8.3	Bauleitplanung in festgesetzten Überschwemmungsgebieten	127
3.8.3.1	Bauleitplanung in Überschwemmungsgebieten	127
3.8.3.1.1	Das Planungsverbot des § 78 Abs. 1 Satz 1 WHG.....	127
3.8.3.1.2	Überplanung bestehender Baugebiete (§ 78 Abs. 3 WHG)	130
3.8.3.2	Konkretisierungen des bauleitplanerischen Abwägungsgebotes im BauGB	132
3.8.3.3	Ausnahmen vom Planungsverbot.....	134
3.8.4	Bauleitplanung in Hochwasserrisikogebieten.....	139
3.8.5	Hochwasserentstehungsgebiete (§ 78d WHG)	141
3.8.6	Zulassung von Bauvorhaben.....	142
3.8.7	Sonstige Schutzvorschriften für festgesetzte Überschwemmungsgebiete (§ 78a WHG)	143
3.8.8	Enteignungsrechtliche Instrumente/Vorkaufsrecht	144

3.9	Wasserschutzgebiete.....	145
3.9.1	Schutzzonenkonzept und Gefährdungsklassen nach der AwSV.....	145
3.9.2	Befreiungen für Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen	146
3.9.3	Öffnungsklausel für weitergehende landesrechtliche Beschränkungen	147
3.9.4	Zulassungsvoraussetzungen für Verkehrsinfrastrukturen, Umschlag- und Lageranlagen in Wasserschutzgebieten.....	149
3.9.5	Rechtsschutz gegen die Ausweisung von Wasserschutzgebieten	150
3.10	Gewässerschutzbeauftragte (§§ 64, 65 WHG).....	151
3.10.1	Bestellung von Gewässerschutzbeauftragten.....	151
3.10.2	Pflichtenkreis der Gewässerschutzbeauftragten.....	154
3.10.3	Begriffliche Angleichung an das Abfallrecht	155
3.10.4	Rechtsstellung der Gewässerschutzbeauftragten	156
3.11	Wasserpreiskontrolle.....	156
3.11.1	Geltende Rechtslage.....	157
3.11.1.1	Bereichsausnahme vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen....	157
3.11.1.2	Wasserpreiskontrolle im Rahmen der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht	158
3.11.1.3	Bisherige Entscheidungspraxis	159
3.11.1.4	Keine kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht über öffentlich-rechtliche Wassergebühren.....	160
3.11.2	Reformansätze	162
3.11.2.1	Wasserpreiskontrolle.....	162
3.11.2.2	Bereichsausnahme.....	164
4.	Zusammenstellung der konkreten Empfehlungen.....	166
4.1	Bewirtschaftung oberirdischer Gewässer	166
4.2	Bewirtschaftung des Grundwassers.....	168
4.3	Verfahren für die Erteilung wasserrechtlicher Gestattungen.....	170
4.4	Anlagen an Gewässern	170
4.5	Abwasserbeseitigung.....	171
4.6	Wasserrechtliche Planfeststellungsverfahren und Planungsbeschleunigung.....	172
4.7	Umgang mit wassergefährdenden Stoffen.....	173
4.8	Hochwasserschutz	175
4.9	Wasserschutzgebiete.....	176
4.10	Gewässerschutzbeauftragte.....	177
4.11	Wasserpreiskontrolle	178

Abkürzungsverzeichnis

4. BImSchV	Vierte Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen)
5. BImSchV	Fünfte Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (Verordnung über Immissionsschutz- und Störfallbeauftragte)
a. A.	andere Ansicht
a. F.	alte Fassung
AbfKlärV	Verordnung über die Verwertung von Klärschlamm, Klärschlammgemisch und Klärschlammkompost (kurz: Klärschlammverordnung)
Abs.	Absatz
AbwAG	Gesetz über Abgaben für das Einleiten von Abwasser in Gewässer (kurz: Abwasserabgabengesetz)
AbwV	Verordnung über Anforderungen an das Einleiten von Abwasser in Gewässer (kurz: Abwasserverordnung)
AEG	Allgemeines Eisenbahngesetz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Alt.	Alternative
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AwSV	Verordnung über Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen
Az.	Aktenzeichen
BauGB	Baugesetzbuch
BayWG	Bayerisches Wassergesetz
BBergG	Bundesberggesetz
BbgWG	Brandenburgisches Wassergesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BImSchG	Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge (kurz: Bundes-Immissionsschutzgesetz)
BMU	Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit
BMVI	Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur
BNatSchG	Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege (kurz: Bundesnaturschutzgesetz)
BR	Bundesrat
BT	Bundestag
Buchst.	Buchstabe

BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVT	Beste verfügbare Techniken
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
d. h.	das heißt
DEHP	Bis(2-ethylhexyl)phthalat (auch Diethylhexylphthalat)
Drs.	Drucksache
DVGW	Deutscher Verein des Gas- und Wasserfaches e. V.
DWA	Deutsche Vereinigung für Wasserwirtschaft, Abwasser und Abfall
ebd.	ebenda
Ed.	Edition
EG	Europäische Gemeinschaft
EGW	Einwohnergleichwert
EL	Ergänzungslieferung
EnWG	Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (kurz: Energiewirtschaftsgesetz)
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
evtl.	eventuell
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f.	folgend
ff.	folgende(-n)
FFH(-Richtlinie)	Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21. Mai 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen (kurz: Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie)
Fn.	Fußnote
FStrG	Bundesfernstraßengesetz
G.	Gesetz
GFS	Geringfügigkeitsschwelle
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GGBefG	Gesetz über die Beförderung gefährlicher Güter (kurz: Gefahrgutbeförderungsgesetz)
ggf.	gegebenenfalls
GrwV	Verordnung zum Schutz des Grundwassers (kurz: Grundwasserverordnung)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hochwasserschutzgesetz II	Gesetz zur weiteren Verbesserung des Hochwasserschutzes und zur Vereinfachung von Verfahren des Hochwasserschutzes
HQ 100-Hochwasser	ein – statistisch gesehen – alle 100 Jahre auftretendes Hochwasserereignis, ein sog. Jahrhunderthochwasser
Hrsg.	Herausgeber

Hs.	Halbsatz
HWaG	Hamburgisches Wassergesetz
HWG	Hessisches Wassergesetz
i. E.	im Erscheinen
i. S. d.	im Sinne des/der
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
IE-RL	Richtlinie 2010/75/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Dezember 2010 über Industrieemissionen (integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung) (kurz: Industrieemissions-Richtlinie)
IZÜV	Verordnung zur Regelung des Verfahrens bei Zulassung und Überwachung industrieller Abwasserbehandlungsanlagen und Gewässerbenutzungen (kurz: Industriekläranlagen-Zulassungs- und Überwachungsverordnung)
JD-UQN	Jahresdurchschnitts-Umweltqualitätsnorm
JustizG NRW	Gesetz über die Justiz im Land Nordrhein-Westfalen (kurz: Justizgesetz Nordrhein-Westfalen)
Kap.	Kapitel
KrWG	Gesetz zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der umweltverträglichen Bewirtschaftung von Abfällen (kurz: Kreislaufwirtschaftsgesetz)
l	Liter
LAWA	Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft Wasser
LKW	Lastkraftwagen
LuftVG	Luftverkehrsgesetz
LWaG M-V	Wassergesetz des Landes Mecklenburg-Vorpommern
LWG NRW	Wassergesetz für das Land Nordrhein-Westfalen
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
m ³	Kubikmeter
mg	Milligramm (= 1 Tausendstel Gramm)
n. F.	neue Fassung
NABEG	Netzausbaubeschleunigungsgesetz Übertragungsnetz
Nds.	Niedersachsen oder niedersächsisch
ng	Nanogramm (= 1 Milliardstel Gramm)
Nr.	Nummer
Nrn.	Nummern
NWG	Niedersächsisches Wassergesetz
o. a.	oder andere(-s)
OGewV	Verordnung zum Schutz der Oberflächengewässer (kurz: Oberflächengewässerverordnung)
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
OWK	Oberflächenwasserkörper

PAK	Polycyclische aromatische Kohlenwasserstoffe
QK	Qualitätskomponente(-n)
RiStWag	Richtlinien für bautechnische Maßnahmen an Straßen in Wasserschutzgebieten
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
s.	siehe
S.	Seite
SächsWG	Sächsisches Wassergesetz
sog.	sogenanntes/sogeannter
SWG	Saarländisches Wassergesetz
TRwS	Technische Regel wassergefährdender Stoffe
u. a.	unter anderem
u. E.	unseres Erachtens
UAbs.	Unterabsatz
UBA	Umweltbundesamt
UGB	Umweltgesetzbuch
usw.	und so weiter
UVP	Umweltverträglichkeitsprüfung
UVPG	Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung
UVP-Richtlinie	Richtlinie 2011/92/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten
v.	vom/von
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WasG SH	Wassergesetz des Landes Schleswig-Holstein
WaStrG	Bundeswasserstraßengesetz
WG BW	Wassergesetz für Baden-Württemberg
WHG	Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts (kurz: Wasserhaushaltsgesetz)
WRRL	Richtlinie 2000/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2000 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik (kurz: Wasserrahmenrichtlinie)
z. B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer

1. Anlass und Gegenstand der Evaluierung

Das Deutsche Maritime Zentrum e. V. hat uns gebeten, die geltenden Regelungen des deutschen Wasserrechts im Hinblick auf mögliche Novellierungen zu untersuchen. Die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung werden nachfolgend unter Ziffer 2. zusammengefasst. Die konkreten Empfehlungen sind – aufbauend auf der detaillierten Einzelanalyse der betrachteten Teilrechtsgebiete unter Ziffer 3. – abschließend unter Ziffer 4. zusammengestellt.

Das Deutsche Maritime Zentrum wurde 2017 gegründet und hat seine Tätigkeit 2018 aufgenommen. Es soll als nationale Plattform und Thinktank den Austausch innerhalb der maritimen Branche sowie mit anderen Industriezweigen, Politik, Wissenschaft und öffentlicher Hand ausbauen und vertiefen. Gründungsmitglieder des Vereins sind das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI), die Freie und Hansestadt Hamburg, das Land Niedersachsen sowie Spitzenverbände der maritimen Wirtschaft, namentlich der Verband für Schiffbau und Meerestechnik (VSM), der Verband Deutscher Reeder (VDR), der Zentralverband Deutscher Schiffsmakler (ZVDS), der Zentralverband der deutschen Seehafenbetriebe (ZDS) und der Deutsche Boots- und Schiffbauerverband (DBSV). 2018 sind die Länder Bremen, Schleswig-Holstein und Mecklenburg-Vorpommern, der Verband Deutscher Kapitäne und Schiffsoffiziere (VDKS) sowie das Maritime Cluster Norddeutschland (MCN) als Mitglieder hinzugetreten. Der Aufbau des Deutschen Maritimen Zentrums wird – zunächst bis Ende 2020 – vom BMVI finanziert.

Zweck des Deutschen Maritimen Zentrums ist es, die Wettbewerbsfähigkeit und Innovationskraft des gesamten deutschen maritimen Standortes zu erhöhen und das Know-how sowie die Berufsperspektiven in der maritimen Wirtschaft zu stärken. Dazu gehört auch die Bearbeitung und Koordinierung von maritimen Querschnittsthemen, die eine branchenübergreifende Betrachtung erfordern. Das Deutsche Maritime Zentrum versteht sich als Bindeglied zwischen Wirtschaft, Wissenschaft und öffentlicher Hand. Die Arbeitsbereiche umfassen die gesamten Wertschöpfungsketten in den Bereichen Schiffbau und Meerestechnik, Schifffahrt sowie Häfen und maritime Logistik.

Als Zielsetzung des vorliegenden Rechtsgutachtens hat das Deutsche Maritime Zentrum vorgegeben, Handlungsfelder im Bereich des Wasserrechts zu identifizieren, in denen regelungstechnische und praktische Hemmnisse für einen beschleunigten Planungs- und Genehmigungsvollzug für verkehrliche und gewerbliche Infrastruktur bestehen. Diese

Aufgabenstellung erfolgte vor dem Hintergrund, dass die gesetzlichen und untergesetzlichen Regelungen des Wasserrechts für alle Branchen der maritimen Wirtschaft von erheblicher praktischer und wirtschaftlicher Bedeutung sind.

Auf dieser Grundlage haben wir Vorschläge erarbeitet und diskutiert, mit denen die Anwenderfreundlichkeit des Wasserrechts optimiert, der Planungsvollzug beschleunigt und die Wettbewerbsfähigkeit des maritimen Standorts unter Aufrechterhaltung eines hohen ökologischen Standards gesteigert werden kann. Im Vordergrund der Untersuchung stehen Vorschläge, die Verfahrensverzögerungen vermeiden und Rechtsunsicherheiten reduzieren.

Der Begriff des Wasserrechts wurde in Abstimmung mit dem Auftraggeber weit verstanden. Untersucht wurde das bestehende Regelungssystem (u. a. WHG¹, Landeswassergesetze, OGewV², AwSV³, AbwV⁴) unter Beachtung der unionsrechtlichen Vorgaben (Wasserrahmenrichtlinie⁵, Grundwasser-Richtlinie⁶, Umweltqualitätsnormenrichtlinie⁷, Hochwasser-Richtlinie⁸ etc.) auf etwaige Optimierungspotenziale. Detailliert betrachtet wurden die Bewirtschaftung oberirdischer Gewässer und des Grundwassers, das Verfahren für die Erteilung wasserrechtlicher Gestattungen, Anlagen an Gewässern, die Abwasser-

¹ Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz) vom 31.07.2009, BGBl I 2009, 2585, zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes vom 04.12.2018, BGBl I 2018, 2254.

² Verordnung zum Schutz der Oberflächengewässer (Oberflächengewässerverordnung) vom 20.06.2016, BGBl I 2016, 1373.

³ Verordnung über Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen vom 18.04.2017, BGBl I 2017, 905.

⁴ Verordnung über Anforderungen an das Einleiten von Abwasser in Gewässer (Abwasserverordnung) vom 17.06.2004, BGBl I 2004, 1108, 2625, zuletzt geändert durch Art. 1 der Verordnung vom 22.08.2018, BGBl. I 2018, 1327.

⁵ Richtlinie 2000/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik vom 23.10.2000, ABl. 2000, Nr. L 327, S. 1, geändert durch die Richtlinie 2008/105/EG über Umweltqualitätsnormen im Bereich der Wasserpolitik vom 16.12.2008, ABl. 2008, Nr. L 348, S. 84 sowie die Richtlinie 2013/39/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.08.2013, ABl. 2013, Nr. L 226, S. 1.

⁶ Richtlinie 2006/118/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz des Grundwassers vor Verschmutzung und Verschlechterung vom 12.12.2006, ABl. 2006, Nr. L 372, S. 19; geändert durch die Richtlinie 2014/80/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.06.2014, ABl. 2014, Nr. L 182, S. 52.

⁷ Richtlinie 2008/105/EG über Umweltqualitätsnormen im Bereich der Wasserpolitik und zur Änderung und anschließenden Aufhebung der Richtlinien 82/176/EWG, 83/513/EWG, 84/156/EWG, 84/491/EWG und 86/280/EWG sowie zur Änderung der Richtlinie 2000/60/EG vom 16.12.2008, ABl. 2008, Nr. L 348, S. 84, geändert durch die Richtlinie 2013/39/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.08.2013, ABl. 2013, Nr. L 226, S. 1.

⁸ Richtlinie 2007/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2007 über die Bewertung und das Management von Hochwasserrisiken, ABl. 2007, Nr. L 288, S. 27.

beseitigung, die wasserrechtlichen Planfeststellungsverfahren, der Umgang mit wassergefährdenden Stoffen, der Hochwasserschutz, Wasserschutzgebiete, der Gewässerschutzbeauftragte und die Wasserpreiskontrolle.

Auftragsgemäß konzentriert sich die Untersuchung auf solche Novellierungsvorschläge, die auch ohne Änderung der höherrangigen unionsrechtlichen Vorgaben umgesetzt werden können. Es werden also Bereiche identifiziert, in denen die Bestimmungen des deutschen Wasserrechts unter Beachtung unionsrechtlicher Vorgaben und eines hohen Schutzniveaus modernisiert und an die Vollzugsbedürfnisse angepasst werden können.

Die wichtigste unionsrechtliche und damit gegenüber dem deutschen Recht vorrangige Normierung ist vorliegend die im Dezember 2000 in Kraft getretenen Wasserrahmenrichtlinie (WRRL)⁹. Sie definiert einheitlich geltende Umweltziele für den Schutz der Binnenoberflächengewässer, Übergangsgewässer, Küstengewässer und des Grundwassers. Nach ihrem Art. 1 zielt die WRRL insbesondere darauf, eine weitere Verschlechterung der aquatischen Ökosysteme zu verhindern und den Zustand dieser Systeme sowie der direkt von ihnen abhängenden Landökosysteme und Feuchtgebiete im Hinblick auf deren Wasserhaushalt zu schützen und zu verbessern. Darüber hinaus soll sie eine nachhaltige Wassernutzung auf der Grundlage eines langfristigen Schutzes der vorhandenen Ressourcen fördern. Die Richtlinie will damit zu einer ausreichenden Versorgung mit Oberflächen- und Grundwasser guter Qualität, einer wesentlichen Reduzierung der Grundwasserverschmutzung sowie dem Schutz der Hoheitsgewässer und der Meeresgewässer beitragen. Art. 19 Abs. 2 WRRL sieht vor, dass die Kommission die Richtlinie bis Ende 2019 im Rahmen eines sog. Fitness Checks überprüft und ggf. erforderliche Änderungen vorschlägt. Der Evaluierungsprozess läuft derzeit. Ob und ggf. welche Änderungen der Richtlinie und ihrer Tochterrichtlinien vorgeschlagen werden, ist nicht absehbar. Das vorliegende Rechtsgutachten beschränkt sich vor diesem Hintergrund wie bereits erwähnt darauf, solche Optimierungsmöglichkeiten aufzuzeigen, die eine Anpassung des Unionsrechts nicht zwingend voraussetzen. Vielmehr bewegen sich die Vorschläge in dem unionsrechtlich gesetzten Rahmen, der von den Mitgliedstaaten in unterschiedlicher Weise genutzt wird.

⁹ Richtlinie 2000/60/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 23.10.2000 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik, ABl. 2000, Nr. L 327, S. 1, zuletzt geändert durch Richtlinie 2014/101/EU der Kommission vom 30.10.2014, ABl. 2014, Nr. L 311, S. 32.

2. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

2.1 Bewirtschaftung oberirdischer Gewässer

Die wesentlichen nationalen Vorschriften zur Umsetzung der unionsrechtlichen Bewirtschaftungsziele für oberirdische Gewässer sind in § 27 Abs. 1 WHG und – für gemäß § 28 WHG als künstlich oder erheblich verändert eingestufte oberirdische Gewässer – in § 27 Abs. 2 WHG geregelt. Konkretisiert werden diese Bewirtschaftungsziele sowie die Vorgaben zur Einstufung der Wasserkörper anhand verschiedener Qualitätskomponenten und Umweltqualitätsnormen für Oberflächengewässer durch die OGewV. Nach Maßgabe der §§ 29 ff. WHG können zudem die Fristen zur Erreichung der Bewirtschaftungsziele verlängert (§ 29 WHG), abweichende Bewirtschaftungsziele festgelegt (§ 30 WHG) und Ausnahmen von den Bewirtschaftungszielen zugelassen werden (§ 31 WHG).

Die konkrete Anwendung der Vorschriften zur Bewirtschaftung oberirdischer Gewässer – insbesondere in behördlichen Zulassungs- und wasserrechtlichen Gestattungsverfahren – war und ist in vielerlei Hinsicht umstritten. In der Rechtsprechung von EuGH und BVerwG sind – beginnend mit dem Urteil des EuGH zur Weservertiefung von Juli 2015 – gleichwohl inzwischen einige wesentliche Klarstellungen erfolgt, die die anfänglichen erheblichen Schwierigkeiten im Umgang mit den Vorgaben der Richtlinie und damit verbundenen Planungsverzögerungen teilweise abgemildert und insbesondere zu einer besseren Vollziehbarkeit der Prüfung des Verschlechterungsverbots für Oberflächengewässer beigetragen haben. Im Interesse der Rechtssicherheit und einer einheitlichen und voraussehbaren Verwaltungspraxis empfiehlt es sich, den bis heute erreichten Besitzstand jedenfalls teilweise im WHG und/oder in der OGewV zu kodifizieren. Dies gilt zuvörderst für die in der Rechtsprechung des EuGH zur Weservertiefung erreichte Konkretisierung des Begriffs der Verschlechterung des ökologischen Zustands bzw. des ökologischen Potenzials von Oberflächenwasserkörpern. Da die Maßgaben des EuGH zwar auch auf den chemischen Zustand von Oberflächenwasserkörpern übertragbar sein dürften, aktuell indes weder geklärt noch vollständig absehbar ist, ob dasselbe auch für Grundwasserkörper gilt, erscheint es dabei jedenfalls vorerst angezeigt, die entsprechende Legaldefinition der Verschlechterung nur im Bereich der OGewV und nicht in allgemeiner Form im WHG vorzunehmen. Eine solche Legaldefinition sollte zudem in Übereinstimmung mit der inzwischen gefestigten Rechtsprechung des BVerwG festlegen, dass jedenfalls rein lokale, nur kurzfristige und messtechnisch nicht erfassbare Veränderungen sowie Veränderungen

von Parametern, die sich innerhalb der natürlichen Band- und Schwankungsbreite bewegen, keine Verschlechterung eines Oberflächenwasserkörpers im Sinne des § 27 WHG darstellen. Ob die unionsrechtlichen Vorgaben in ihrer Auslegung durch den EuGH Raum für eine nationale Festschreibung einer darüber hinausgehenden Erheblichkeitsschwelle lassen, erscheint ungeachtet der grundsätzlichen Sinnhaftigkeit eines solchen Vorgehens dagegen zweifelhaft. Auf die Einführung einer zusätzlichen Schwelle sollte daher bevorzugt auf Unionsebene im Rahmen des laufenden Evaluierungsprozesses der WRRL hingewirkt werden.

§ 5 Abs. 4 OGewV sollte im Zuge der anzustrebenden Kodifizierung des in der Rechtsprechung herausgebildeten Besitzstandes zudem dahingehend präzisiert werden, dass auch die chemischen Qualitätskomponenten – ebenso wie die hydromorphologischen und die allgemeinen physikalisch-chemischen Qualitätskomponenten – bei der Bewertung der biologischen Qualitätskomponenten und damit bei der Prüfung des Verschlechterungsverbotes grundsätzlich (nur) unterstützend heranzuziehen sind. Zur Gewährleistung eines hinreichenden normativen Rahmens für verlässliche fachgutachterliche Prüfungen des Verschlechterungsverbots sollten die in den Tabellen 2 bis 6 der Anlage 4 zur OGewV enthaltenen qualitätskomponentenspezifischen Einstufungskriterien darüber hinaus um Bestimmungen für die unteren beiden Zustands- bzw. Potenzialklassen (unbefriedigend und schlecht) ergänzt werden.

Optimierungspotenzial sehen wir auch im Hinblick auf die verfahrensrechtliche Verzahnung von Zulassungsverfahren einerseits und behördlicher Bewirtschaftungs- und Maßnahmenplanung andererseits, die u. a. im Hinblick auf die materiellen Anforderungen des Verbesserungsgebotes maßgeblich sein kann. Insbesondere sollte geregelt werden, in welcher Form die für die Bewirtschaftungs- und Maßnahmenplanung zuständige Behörde im Rahmen eines Zulassungsverfahrens zu beteiligen ist, sofern etwa Fristverlängerungen in Anspruch genommen oder abweichende Bewirtschaftungsziele festgelegt werden sollen. Zu erwägen ist auch, die zuständige Behörde im Falle erkannter Defizite der Bewirtschaftungs- und Maßnahmenplanung, die der Vereinbarkeit eines Vorhabens mit dem Verbesserungsgebot entgegenstehen, innerhalb angemessener Frist zur Prüfung entsprechender Anpassungen der Bewirtschaftungsplanung zu verpflichten. Die Erforderlichkeit einer derartigen Verzahnung der Verfahren wird dabei mit Heranrücken der in der WRRL geregelten maximalen Frist für die Erreichung der Bewirtschaftungsziele im Jahr 2027 weiter zunehmen.

Ferner sollte die in der Praxis sehr bedeutsame Frage geprüft werden, inwieweit der unionsrechtliche Rahmen der WRRL eine Erweiterung der Ausnahmeregelung des § 31 Abs. 2 Satz 1 WHG – namentlich der höchst umstrittenen Voraussetzung einer neuen Veränderung der physischen Gewässereigenschaften in Nr. 1 – zulässt, nach der auch stoffliche Veränderungen der Wasserbeschaffenheit eines Oberflächenwasserkörpers durch Punktquellen oder diffuse Schadstoffquellen ausnahmefähig sind. Unseres Erachtens ist dies jedenfalls insoweit der Fall, als die stofflichen Belastungen auf einer neuen Veränderung der physischen Gewässereigenschaften beruhen.

Schließlich sollte in Erwägung gezogen werden, für Vorhaben der Gewässerbewirtschaftung ein abgestuftes Prüfverfahren gesetzlich zu verankern. So würde es der unionsrechtliche Rahmen unseres Erachtens zulassen, im WHG – ähnlich dem UVP-Recht – klarzustellen, dass in Fällen, in denen relevante vorhabenbedingte Auswirkungen auf den Gewässerzustand bereits auf der Grundlage einer Vorprüfung mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen werden können, auf eine gutachterlich unterlegte Vollprüfung verzichtet werden kann.

2.2 Bewirtschaftung des Grundwassers

Die rechtlichen Anforderungen der Bewirtschaftungsziele für Grundwasserkörper haben in der Rechtsprechung des EuGH und der nationalen Verwaltungsgerichtsbarkeit bislang weit weniger Beachtung und Konkretisierung erfahren als diejenigen für oberirdische Gewässer und sind dementsprechend in weiten Teilen noch immer ungeklärt. So bleibt etwa abzuwarten, ob bzw. inwieweit der EuGH die Annahmen des BVerwG zur Übertragbarkeit seiner Rechtsprechung zur Verschlechterung oberirdischer Gewässer auf das Grundwasser im Rahmen des derzeit anhängigen Vorabentscheidungsverfahrens bestätigen und die Rechtsanwendung ggf. konkretisieren wird. Die Einführung einer einheitlichen, auch für Grundwasserkörper gültigen Definition des Begriffes der Verschlechterung unmittelbar im WHG wird vor diesem Hintergrund und im Hinblick auf die Besonderheiten einer Verschlechterung des Grundwassers sowie die bereits in der GrwV normierten Modifikationen jedenfalls aktuell noch nicht empfohlen. Ebenso sollte angesichts zu erwartender Konkretisierungen in Rechtsprechung und behördlicher Praxis auf eine gesetzgeberische Klarstellung des Verhältnisses des Besorgnisgrundsatzes aus § 48 Abs. 1 Satz 1 WHG zum Verschlechterungsverbot gemäß § 47 Abs. 1 Nr. 1 WHG verzichtet werden.

Empfohlen wird indes auch im Bereich der Bewirtschaftung des Grundwassers, näher zu prüfen, inwieweit das Ausnahmeregime des § 47 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. § 31 Abs. 2

Nr. 1 WHG dahingehend präzisiert bzw. erweitert werden kann, dass auch Verschlechterungen des chemischen Zustands aufgrund stofflicher Einträge ausnahmsweise zulässig sind. Alternativ hierzu wird die Einführung einer eigenen Ausnahmvorschrift zu den Bewirtschaftungszielen für Grundwasserkörper (z. B. in § 47 Abs. 3 oder in einem neuen § 47a WHG) empfohlen.

Auch die Verrechtlichung der Geringfügigkeitsschwellenwerte der LAWA für das Grundwasser (GFS-Werte) für die Bewirtschaftungsziele des Grundwassers könnte dazu beitragen, die behördlichen Zulassungsverfahren auf praktikable und sachgerechte Weise zu vereinfachen. Entsprechende gesetzgeberische Bestrebungen sind zu unterstützen.

2.3 Verfahren für die Erteilung wasserrechtlicher Gestattungen

Hinsichtlich der Verfahren für die Erteilung wasserrechtlicher Gestattungen sollte vor allem angestrebt werden, die Verfahren in besonderen Situationen zu verschlanken und eine klarere Abgrenzung zu anderen Zulassungsverfahren vorzunehmen. Die Gestattungsverfahren sind bislang relativ inflexibel und nicht auf Besonderheiten – wie die Änderung oder Verlängerung von Gestattungen – ausgelegt. Gleichzeitig ergeben sich teilweise Abgrenzungsschwierigkeiten zum wasserrechtlichen Anlagenrecht und zum Recht der Bundeswasserstraßen (WaStrG). Wir empfehlen daher zum einen, eigene Vorschriften für die Verlängerung befristeter Gestattungen für unveränderte Benutzungen und ein Anzeige- und Änderungsverfahren für die Änderung bereits zugelassener Gestattungen vorzusehen. Ferner sollte die Rechtsklarheit gestärkt werden, indem in § 15 Abs. 1 WHG die Voraussetzungen für die Erteilung einer gehobenen Erlaubnis in Form von Regelbeispielen näher konkretisiert werden. Dies dient zugleich den Interessen der Gewässerbenutzer. Das Verhältnis der wasserrechtlichen Gestattungen zum wasserwirtschaftlichen Anlagenrecht (§ 36 WHG) sollte bundesrechtlich einheitlich geregelt werden, um die unterschiedlichen Rechtslagen in den Bundesländern zu beenden. Ferner sollten Neubau-, Ausbau- sowie Unterhaltungsmaßnahmen des Bundes in Bundeswasserstraßen von der länderrechtlichen Entgeltspflicht befreit werden, indem in § 9 Abs. 3 Satz 1 WHG klargestellt wird, dass solche Maßnahmen keine Gewässerbenutzungen sind.

2.4 Anlagen an Gewässern

Das derzeitige Regelungssystem für Anlagen an Gewässern sieht einen materiell-rechtlichen Schutzstandard gemäß § 36 WHG sowie weitere landesrechtliche Konkretisierungen vor. Hierzu wird vorgeschlagen, bundeseinheitliche Regelungen einzuführen. Eine solche

einheitliche Normierung würde mehr Rechtsklarheit und -sicherheit schaffen. Für den Fall, dass dies aus föderalen Gesichtspunkten nicht durchsetzbar sein sollte, empfiehlt es sich, den in den landesrechtlichen Genehmigungstatbeständen vorgesehenen Allgemeinwohlbelang zu konkretisieren. Dieser sollte allein wasserhaushaltliche Belange umfassen. Soweit der Landesgesetzgeber andere ökologische, soziale, planerische oder ökonomische Belange zur Genehmigungsvoraussetzung machen will, sollte er dies neben dem Allgemeinwohlbelang ausdrücklich regeln. Überdies sollte die Genehmigung ausdrücklich nur dann die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens voraussetzen, wenn die landeswasserrechtliche Genehmigung die Baugenehmigung oder eine andere baurechtliche Entscheidung konzentriert.

Zur Reduzierung von Wettbewerbsnachteilen zwischen den Bundesländern sollte das WHG einen bundeseinheitlichen Begriff der Gewässerunterhaltung vorsehen und diese Anlagen von etwaigen landesrechtlichen Genehmigungserfordernissen ausnehmen. Zudem sollte die in einigen Landeswassergesetzen vorgeschriebene obligatorische Befristung von Genehmigungen gestrichen werden. An die Stelle der Befristung könnten Widerrufsvorbehalte treten. Dies böte den Behörden die Möglichkeit, nicht erst das Auslaufen einer Befristung abwarten zu müssen, wenn die Wahrung des Schutzstandards des § 36 WHG fraglich ist, und würde im Sinne einer maßvollen Deregulierung unnötige Verwaltungsverfahren verhindern.

2.5 Abwasserbeseitigung

Die Abwasserbeseitigung ist ein wichtiger Teil der Daseinsvorsorge. Zur Entsorgung von Niederschlags- und Schmutzabwässern sowie sonstigem Abwasser aus dem kommunalen und industriellen Bereich sind Abwasseranlagen zu errichten und zu betreiben, die einerseits die Menge und Schädlichkeit des direkt einzuleitenden Abwassers so gering halten, wie es bei Einhaltung der vorhandenen Verfahren nach dem Stand der Technik möglich ist, und andererseits den Anforderungen genügen, die – neben sonstigen rechtlichen Anforderungen – an die Gewässereigenschaften zu stellen sind. Insoweit erscheint es unabdingbar, Mikroverunreinigungen zusätzlich zur quell- und anwendungsorientierten Eindämmung auch „am Ende der Pipeline“ entsprechend dem jeweiligen Stand der Technik zu eliminieren. Hierzu wird die (flächendeckende) Einführung der sog. vierten Reinigungsstufe für Kläranlagen im „Bedarfsfall“, d. h. gekoppelt an bestimmte Voraussetzungen, vorgeschlagen.

Nachjustierungsbedarf besteht – auch nach knapp zehn Jahren – immer noch bei der Umsetzung der Richtlinie über Industrieemissionen (IE-RL). Das betrifft zunächst die verfahrensrechtlichen Regelungen der Industriekläranlagen-Zulassungs- und Überwachungsverordnung (IZÜV). Während der unionsrechtlich vorgesehene Verzicht auf die Öffentlichkeitsbeteiligung hinreichend umgesetzt ist, sind die der Öffentlichkeitsbeteiligung zuzuführenden Verfahren in § 4 Abs. 1 Satz 1 IZÜV noch zu ergänzen. Auch die Entscheidung des deutschen Gesetzgebers, unionsrechtlich vorgesehene Ausnahmetatbestände zur Relativierung der maßgeblichen Emissionsstandards für vorhandene Abwassereinleitungen nur unvollständig umzusetzen, sollte zur Verringerung von Wettbewerbsverzerrungen überdacht werden. Verzichtet man in § 57 Abs. 3 Satz 1 WHG auf das Merkmal der Einleitungsrelevanz, ließen sich zudem Vollzugsdefizite im Hinblick auf kläranlagenspezifische, jedoch nicht einleitungsrelevante BVT-Schlussfolgerungen ausräumen. Klarstellungsbedarf besteht darüber hinaus bei der Abgrenzung der Industrie- von der Gemeinschaftskläranlage. Insoweit ist sicherzustellen, dass infolge der Einleitung häuslichen Abwassers aus Nebeneinrichtungen aus einer selbstständigen Industriekläranlage noch keine Gemeinschaftsanlage wird.

Weitere Empfehlungen im Themenbereich Abwasser betreffen die Problematik, dass das WHG selbst keine Qualitätsstandards für das Niederschlagswasser definiert, gleichwohl aber diverse Regelungen – geschrieben und ungeschrieben – eine bestimmte Qualität des Abwassers aus Niederschlägen voraussetzen. Weichen die qualitativen Vorgaben, die z. B. die Bundesländer mit Küstenzugang mangels bundesrechtlicher Vorgaben für das erlaubnisfreie Einleiten von Niederschlagswasser in Küstengewässer aufgestellt haben, hinsichtlich Ansatz und Regelungstiefe weit voneinander ab und sind sie deshalb nicht gleichermaßen geeignet, die aquatische Umwelt zu schützen, offenbart dies den Bedarf, auch hinsichtlich des Niederschlagswassers einheitliche qualitative Standards auf Bundesebene festzulegen.

2.6 Wasserrechtliche Planfeststellungsverfahren

Die Herstellung, Beseitigung und wesentliche Umgestaltung eines Gewässers oder seiner Ufer bedürfen der Planfeststellung. Gleiches gilt für die Zulassung des Ausbaus, Neubaus und der Beseitigung von Bundeswasserstraßen.

Derartige Planfeststellungsverfahren sind Verwaltungsverfahren, die auf einen Ausgleich der unterschiedlichen, von dem jeweiligen Vorhaben berührten öffentlichen und privaten

Interessen abzielen. Die Komplexität von Planfeststellungsverfahren lässt sich nicht beliebig reduzieren, wenn der angestrebte Interessenausgleich gelingen und zugleich die Vereinbarkeit des Vorhabens mit den zwingenden Anforderungen des materiellen Rechts in der gebotenen, sorgfältigen Weise geprüft werden soll.

Planfeststellungsverfahren umfassen insbesondere eine umfangreiche Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung. Eine substantielle Einschränkung dieser Beteiligungsverfahren ist unionsrechtlich unzulässig. Auch die – unionsrechtlich als solche nicht gebotene – Durchführung eines Erörterungstermins als Teil der Öffentlichkeitsbeteiligung ist in aller Regel sinnvoll, da sie bei sachgerechter Durchführung die Akzeptanz für ein Vorhaben deutlich steigern kann. Wie in anderen Fachplanungsgesetzen auch sollte allerdings im WHG die bislang fehlende Möglichkeit geschaffen werden, auf einen Erörterungstermin in geeigneten Fällen zu verzichten (fakultativer Erörterungstermin).

Ferner sollte die Möglichkeit geschaffen werden, die Öffentlichkeitsbeteiligung bei wasserrechtlichen Planfeststellungsverfahren vollständig und ausschließlich elektronisch durchzuführen. Sowohl die elektronische Bekanntmachung als auch eine elektronische Auslegung sollten das bisherige Verfahren vollständig ersetzen.

Eine recht weitreichende Neuerung mit erheblichem Beschleunigungspotenzial ergäbe sich, wenn die Möglichkeit geschaffen würde, für Planfeststellungsverfahren nach dem WaStrG und dem WHG einen vor der Zulassungsentscheidung liegenden Stichtag als maßgeblichen Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage zu bestimmen. Eine solche Regelung, die bereits vom Innovationsforum Planungsbeschleunigung und über den Bereich wasserrechtlicher Planfeststellungsverfahren hinausgehend angeregt worden ist, sollte aus unserer Sicht ernsthaft in Erwägung gezogen werden.

Wegen der sich nicht zuletzt im Wasserrecht ständig fortentwickelnden Rechtsprechung ergibt sich bei vielen Vorhaben die Notwendigkeit, sowohl vor als auch nach Erlass des Planfeststellungsbeschlusses fachliche Unterlagen zu korrigieren und teilweise auch Umplanungen vorzunehmen. Erhebliche Unsicherheiten bestehen hier bei der Frage, in welchen Fällen eine erneute Öffentlichkeitsbeteiligung erforderlich wird. Eine präzisere gesetzliche Regelung zu den Voraussetzungen eines Absehens von der erneuten Öffentlichkeitsbeteiligung (§ 22 UVPG) wäre für die Praxis von hohem Nutzen.

Weiteres Beschleunigungspotenzial böte die im WHG bislang noch nicht vorgesehene Möglichkeit, auf Seiten der Planfeststellungsbehörde einen Projektmanager mit der Vorbereitung und Durchführung von Verfahrensschritten zu betrauen. Die bisherigen Erfahrungen in der Praxis sind nach unseren Erkenntnissen überwiegend positiv.

Schließlich sollten die für den Vollzug wasserrechtlicher Vorschriften zuständigen Umweltverwaltungen personell so ausgestattet sein, dass sie die ihnen übertragenen Aufgaben sachgerecht und ohne vermeidbare Verzögerungen erledigen können. Das erfordert in vielen Verwaltungen eine deutliche Aufstockung der personellen Ressourcen.

2.7 Umgang mit wassergefährdenden Stoffen

Der Umgang mit wassergefährdenden Stoffen wird in Kapitel 3 Abschnitt 3 des WHG nur in den wesentlichen Grundzügen geregelt. Die konkretisierende Ausgestaltung ist jedoch seit der Einführung der Verordnung über Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen (AwSV) im Jahr 2017 ebenfalls bundeseinheitlich normiert. Die in der AwSV vorgesehenen Regelungen zur Bestimmung wassergefährdender Stoffe und zur Einstufung ihrer Gefährlichkeit sind im Wesentlichen gelungen. Änderungs- und Klarstellungsbedarf besteht jedoch im Zusammenhang mit der Privilegierung von Umschlaganlagen gemäß § 62 Abs. 1 Satz 3 WHG. Auch die Öffnungsklausel für abweichende landesrechtliche Regelungen gemäß § 62 Abs. 5 WHG sollte die gesetzgeberische Entscheidung für eine Privilegierung von Umschlaganlagen zum Ausdruck bringen. Hier sollten – ggf. zwischen Überschwemmungsgebieten und Wasserschutzgebieten – differenzierende Regelungen aufgenommen werden, die weitergehende Beschränkungen der Anlagenzulassung ausschließen.

Überdies sehen die Sonderregelungen für Umschlaganlagen in § 14 Abs. 4 und § 28 AwSV Privilegierungen für die transportbedingte kurzfristige Zwischenlagerung von Umschlaggütern und für Verkehrsflächen der Umschlaganlagen vor. Diese sind jedoch auf die Zwischenlagerung von verpackten wassergefährdenden Stoffen und Gemischen beschränkt. Es wird daher angeregt, auch für die kurzfristige Zwischenlagerung von (leicht) wassergefährdenden Schüttgütern, für die die Binnenschifffahrt eine vergleichsweise umweltfreundliche und kostengünstige Beförderungsmöglichkeit bietet, entsprechende materiell-rechtliche Zulassungserleichterungen für Umschlaganlagen vorzusehen. Daneben erscheint eine inhaltliche Erweiterung der Regelung für Anlagen des intermodalen Verkehrs gemäß § 29 AwSV geboten. Mit Blick auf die in § 50 AwSV enthaltenen

besonderen Regelungen für Anlagen in festgesetzten und vorläufig gesicherten Überschwemmungsgebieten werden jedenfalls für transportbedingte, kurze Zwischenlagerungen regelmäßig betriebliche Maßnahmen ausreichen, was in § 50 AwSV klarstellend festgehalten werden sollte.

2.8 Hochwasserschutz

Die Regelungen zum Hochwasserschutz sind durch das Hochwasserschutzgesetz II mit Wirkung zum 05.01.2018 geändert worden. Dabei wurden insbesondere die Regelungen des Bauplanungsrechts um hochwasserspezifische Belange ergänzt, Hafenanlagen von den planungsrechtlichen Restriktionen des § 78 Abs. 1 WHG freigestellt und Regelungen zu Hochwasserrisikogebieten und Hochwasserentstehungsgebieten eingeführt. Ferner wurde klargestellt, dass das Planungsverbot des § 78 Abs. 1 WHG drittschützend ist. Den Gemeinden wurde erstmals die Möglichkeit eingeräumt, im Vorgriff auf einen planungsbedingt notwendigen Retentionsraumausgleich Ausgleichsflächen zu bevorraten.

Über diese erst vor kurzem erfolgte gesetzgeberische Novellierung hinaus besteht in einigen Punkten weiterer Änderungsbedarf. So sind die Regelungen zum Hafenausbau zwar an sich sachgerecht; sie greifen jedoch noch zu kurz, da der Ausbau trimodaler Hafenanlagen nach wie vor nach der Rechtsprechung des BVerwG nicht in einem einzigen wasserrechtlichen Planfeststellungsverfahren zugelassen werden kann. § 68 Abs. 1 WHG sollte deshalb um eine Regelung zur einheitlichen Planfeststellung trimodaler Häfen ergänzt werden. Weiter sollte klargestellt werden, dass sich die planungsrechtlichen Restriktionen des § 78 Abs. 1 WHG auch auf Flächennutzungspläne beziehen. Die jetzige ausschließliche Anknüpfung des Planungsverbots an Bebauungspläne verstößt gegen die Planungssystematik des BauGB.

Schließlich sollte § 77 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 WHG in Anlehnung an § 16 BNatSchG um eine Regelung ergänzt werden, die klarstellt, wie mit auf Vorrat geschaffenen Retentionsräumen in der Bauleitplanung verfahren werden kann. Die jetzige Bestimmung lässt viele Fragen offen, so dass zweifelhaft ist, ob sie die Bauleitplanung in Überschwemmungsgebieten in der Praxis tatsächlich erleichtert.

Die Neuregelungen zum drittschützenden Charakter des Planungsverbotes des § 78 Abs. 1 WHG sowie zum Schutz von Hochwasserrisiko- und Hochwasserentstehungsgebieten sind in ihrer Zielsetzung zu begrüßen. Da praktische Erfahrungen bei der Anwendung dieser Regelung fehlen, kann insoweit derzeit noch keine Aussage über einen Novellierungsbedarf getroffen werden.

2.9 Wasserschutzgebiete

Das Bundesrecht sieht in den §§ 51 und 52 WHG und in § 49 AwSV für das in Wasserschutzgebieten geltende Rechtsregime nur allgemeine Grundsätze vor und belässt den Landesgesetzgebern die Rechtsetzungsbefugnis im Übrigen. An dem allgemein anerkannten Schutzzonenkonzept für Trinkwasserschutzgebiete (§ 51 Abs. 2 WHG) sollte auch weiterhin festgehalten werden. Anpassungsbedarf besteht hingegen bei den für Wasserschutzgebiete geltenden Errichtungs- und Betriebsverboten für Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen. Hier sollten insbesondere die Voraussetzungen für einzel-fallbezogene Befreiungen gemäß § 49 Abs. 4 AwSV reduziert werden. Ausreichend dürfte es insoweit sein, neben der Nichtbeeinträchtigung des Schutzzwecks des Schutzgebietes lediglich ein Vertretbarkeitskriterium vergleichbar § 31 Abs. 2 Nr. 2 BauGB festzulegen. Daneben sollte die Öffnungsklausel für strengere landesrechtliche Schutzgebietsverordnungen gemäß § 49 Abs. 5 AwSV an die Begriffsbestimmung für Schutzgebiete in § 2 Abs. 32 Satz 2 AwSV angepasst werden, mit der Folge, dass strengere Zulassungsbeschränkungen bei einer Untergliederung der Schutzzone III nur für den inneren Bereich (Schutzzone IIIA) zulässig sind. Überdies wird angeregt, die Regelungen der Richtlinien für bautechnische Maßnahmen an Straßen in Wasserschutzgebieten (RiStWag) zur Erhöhung der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit jedenfalls in Grundzügen im WHG oder in den Landeswassergesetzen festzuschreiben. Schließlich sollte in verfahrensrechtlicher Hinsicht gegen die Ausweisung, Änderung oder räumliche Erweiterung von Wasserschutzgebieten flächendeckend die abstrakte Normenkontrolle zulässig sein.

2.10 Gewässerschutzbeauftragter

Das Konzept der Umweltbeauftragten einschließlich des Gewässerschutzbeauftragten ist im Grundsatz überzeugend geregelt. Es nimmt den Betreiber bzw. den Gewässerbenutzer im Sinne des Kooperationsprinzips in die Pflicht, einen aktiven organisatorischen Beitrag zum Umwelt- und Gewässerschutz zu leisten. Neben anderen kleineren Anpassungen sollten insbesondere die Regelungen zur Bestellungspflicht (z. B. Konzernbeauftragte und externe Beauftragte) und die Regelungen zu der erforderlichen Fachkunde und Zuverlässigkeit von Gewässerschutzbeauftragten näher konkretisiert werden. Angeregt wird zudem, die Regelungen zu den Immissionsschutz-, Störfall-, Abfall- und Gewässerschutzbeauftragten in einer einheitlichen Verordnung über Umweltbeauftragten zusammenzufassen.

2.11 Wasserpreiskontrolle

Die Aufsicht über Wasserentgelte ist derzeit zweigeteilt. Ist ein Wasserversorger privatrechtlich organisiert oder erhebt ein öffentlich-rechtlicher Wasserversorger privatrechtliche Preise, unterliegen die Wasserpreise der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht. Erheben öffentlich-rechtliche Wasserversorger hingegen Wassergebühren, unterliegen diese ausschließlich der Kommunalaufsicht der Länder. Um Ineffizienzen und damit überhöhten Entgelten infolge der monopolistischen Marktstrukturen im Bereich der leitungsgebundenen Wasserversorgung vorzubeugen, sollten Wasserpreise und -gebühren einer gleichermaßen wirksamen Aufsicht unterstellt werden. Wenn eine unter Effizienzgesichtspunkten vorzugswürdige kartellrechtliche Kontrolle über Wassergebühren ausgeschlossen bleiben soll, ist zumindest eine materielle Annäherung der Aufsichtsregime in Betracht zu ziehen. In jedem Fall sollten Maßnahmen zur weiteren Stärkung des Effizienzbewusstseins der Wasserversorger umgesetzt werden.

Durch die Freistellung bestimmter Vertragsarten vom kartellrechtlichen Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen in § 31 Abs. 1 GWB ist es im Interesse einer verlässlichen und preisgünstigen Wasserversorgung bereits nach geltendem Recht möglich, die im Bereich der leitungsgebundenen Wasserversorgung bestehenden natürlichen Gebietsmonopole zur Erzielung von Größen-, Verbund- und Rationalisierungsvorteilen rechtlich abzusichern. Soweit rechtspolitisch darüber hinaus eine Eröffnung weiterer Handlungsspielräume etwa mit Blick auf die maritime Wirtschaft in Betracht gezogen wird, sind spezielle kartellrechtliche Bereichsausnahmen einer Ausweitung der Sonderregeln für die Wasserwirtschaft vorzuziehen.

3. Einzelanalyse des deutschen Wasserrechts und Verbesserungsvorschläge

3.1 Bewirtschaftung oberirdischer Gewässer

§ 27 WHG regelt als Leitvorschrift die Bewirtschaftungsziele für oberirdische Gewässer sowie für künstliche oder erheblich veränderte oberirdische Gewässer.¹⁰ In Umsetzung der unionsrechtlichen Umweltziele aus Art. 4 WRRL sind die oberirdischen Gewässer so zu bewirtschaften, dass eine Verschlechterung ihres ökologischen und chemischen Zustands bzw. Potenzials vermieden wird (sog. Verschlechterungsverbot, s. hierzu nachstehend unter 3.1.1) und ein guter ökologischer Zustand bzw. ein gutes ökologisches Potenzial sowie ein guter chemischer Zustand erhalten oder erreicht werden (sog. Verbesserungsgebot, s. hierzu nachstehend unter 3.1.2). Weitere Konkretisierungen dieser Bewirtschaftungsziele sowie Vorgaben zur Einstufung der Oberflächenwasserkörper anhand verschiedener Qualitätskomponenten und Umweltqualitätsnormen sind in Deutschland im Wesentlichen in der OGewV umgesetzt.

Zu erreichen waren der gute ökologische Zustand bzw. das gute ökologische Potenzial sowie der gute chemische Zustand gemäß § 29 Abs. 1 WHG grundsätzlich bis zum 22.12.2015; unter den Voraussetzungen des Abs. 2 konnten bzw. können die Fristen höchstens zweimal für einen Zeitraum von jeweils sechs Jahren, d. h. längstens bis zum 22.12.2027, verlängert werden (vgl. § 29 Abs. 3 WHG). Solche Fristverlängerungen bis 2021 bzw. 2027 – sowie vereinzelt, namentlich an der Werra in der Flussgebietsgemeinschaft Weser, auch die Möglichkeit einer Festlegung weniger strenger Bewirtschaftungsziele gemäß § 30 WHG – werden in Deutschland bekanntlich nahezu flächendeckend in Anspruch genommen. Hintergrund ist, dass das Bewirtschaftungsziel eines guten ökologischen Zustands bzw. Potenzials aktuell lediglich in 8,2 % der mehr als 9.800 Oberflächenwasserkörper in Deutschland erreicht wird. Der gute chemische Zustand wird unter Berücksichtigung der ubiquitären Schadstoffe (insbesondere Quecksilber und polyzyklische aromatische Kohlenstoffe) derzeit sogar flächendeckend nicht erreicht, so dass insofern für alle Wasserkörper Fristverlängerungen in Anspruch genommen werden.¹¹

¹⁰ In Deutschland wurden 35 % aller Oberflächenwasserkörper als erheblich verändert und 15 % als künstlich ausgewiesen, vgl. Umweltbundesamt, Die Wasserrahmenrichtlinie – Deutschlands Gewässer 2015, September 2016, abrufbar unter <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/die-wasserrahmenrichtlinie-deutschlands-gewaesser>, S. 49 f. mit Karte 4.

¹¹ Vgl. Umweltbundesamt, Die Wasserrahmenrichtlinie – Deutschlands Gewässer 2015 (Fn. 10), S. 126 ff.

In der Rechtsprechung ist seit dem Urteil des EuGH zur Weservertiefung aus dem Jahr 2015 geklärt, dass die Bewirtschaftungsziele des Verschlechterungsverbots und des Verbesserungsgebots nicht nur im Rahmen der Bewirtschaftungsplanung zu beachten sind, sondern auch bei der Vorhabenzulassung verbindliche Geltung entfalten.¹² Vorbehaltlich der Gewährung einer Ausnahme ist die Genehmigung für ein konkretes Vorhaben demnach zu versagen, wenn es eine Verschlechterung des Zustands eines Oberflächenwasserkörpers verursachen kann oder wenn es die Erreichung eines guten Zustands bzw. eines guten ökologischen Potenzials und eines guten chemischen Zustands eines Oberflächenwasserkörpers zu dem nach der WRRL maßgeblichen Zeitpunkt – nach derzeitigem Stand mithin im Falle maximal möglicher zweifacher Fristverlängerungen zum 22.12.2027 – gefährdet.¹³ Abweichende, d. h. weniger strenge Bewirtschaftungsziele sowie Ausnahmen zu den Bewirtschaftungszielen sind nur nach Maßgabe der engen Voraussetzungen der §§ 29 ff. WHG möglich.

Die ordnungsgemäße Prüfung des Verschlechterungsverbots und des Verbesserungsgebots, im Rahmen derer der Ist-Zustand der vom Vorhaben potenziell betroffenen Oberflächenwasserkörper zu ermitteln und eine (für jeden Wasserkörper gesonderte) Auswirkungsprognose vorzunehmen ist,¹⁴ stellt daher in diversen vorhabenbezogenen Zulassungsverfahren einen Schwerpunkt bei der Vorbereitung der Antragsunterlagen und der behördlichen Prüfung dar. Dabei stehen Antragsteller und Behörden trotz der inzwischen erreichten wesentlichen Konkretisierungen der rechtlichen Vorgaben durch die nationale und europäische Rechtsprechung unverändert gleichermaßen vor teilweise schwierigen fachlich-methodischen und rechtlichen Fragestellungen,¹⁵ die zu bisweilen großen Genehmigungsrisiken führen können und im Wege einer präzisierenden Novellierung des rechtlichen Rahmens adressiert werden sollten. Die dem nationalen Gesetz- und Verordnungsgeber verbliebenen Spielräume für eine solche Novellierung im Bereich der Bewirtschaftung oberirdischer Gewässer sind dabei aufgrund der unionsrechtlichen Vorgaben der WRRL sowie der hierzu ergangenen Rechtsprechung des EuGH zwar eingeschränkt. Optimierungspotenziale des nationalen Regelungsrahmens bestehen somit in erster Linie in

¹² EuGH, Urteil vom 01.07.2015 – Rs. C-461/13 – Weservertiefung, EU:C:2015:433.

¹³ Ebd., Rn. 51.

¹⁴ Vgl. zu den Anforderungen an die gebotene wasserkörperbezogene Prüfung zuletzt BVerwG, Urteil vom 27.11.2018 – 9 A 8.17 –, juris, Rn. 24 ff.

¹⁵ S. hierzu die Ausführungen zu fehlenden Standardmethoden und den sich daraus ergebenden behördlichen Spielräumen BVerwG, Vorlagebeschluss vom 25.04.2018 – 9 A 16.16 –, DVBl. 2018, 1428, Rn. 34.

einer Positivierung bereits ergangener Rechtsprechung, um insbesondere die Anwenderfreundlichkeit der Vorschriften zu verbessern und die Rechtssicherheit zu steigern (vgl. hierzu nachfolgend unter 3.1.1). Jedenfalls punktuell lässt der unionsrechtliche Rahmen aber wohl auch Raum für eigene Akzente des nationalen Gesetzgebers zur Fortentwicklung der Vorgaben (vgl. hierzu nachfolgend unter 3.1.2 bis 3.1.4).

3.1.1 Verschlechterungsverbot

3.1.1.1 Legaldefinition des Verschlechterungsbegriffs

Der zentrale Begriff der Verschlechterung des ökologischen Zustands bzw. des ökologischen Potenzials und des chemischen Zustands von oberirdischen Gewässern (vgl. hierzu §§ 27 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 WHG i. V. m. den Vorschriften zur Einstufung des ökologischen Zustands, des ökologischen Potenzials und des chemischen Zustands in §§ 5, 6 OGewV) ist derzeit weder in der WRRL noch in den nationalen Vorschriften des WHG und der OGewV legaldefiniert. Es überrascht daher nicht, dass der Begriff bis zu den Grundsatzurteilen des EuGH zur Weservertiefung¹⁶ sowie des BVerwG zur Fahrrinnenanpassung der Elbe¹⁷ lange Zeit ungeklärt und umstritten war. Im Ergebnis liegt nach der sogenannten Qualitätskomponentenklassentheorie¹⁸ des EuGH eine Verschlechterung des ökologischen Zustands eines Oberflächenwasserkörpers vor,

„sobald sich der Zustand mindestens einer biologischen Qualitätskomponente im Sinne des Anhangs V der Wasserrahmenrichtlinie (Phytoplankton, Makrophyten und Phytobenthos, benthische wirbellose Fauna, Fischfauna) um eine Klasse verschlechtert, auch wenn diese Verschlechterung nicht zu einer Verschlechterung der Einstufung des Oberflächenwasserkörpers insgesamt führt. Ist jedoch die betreffende Qualitätskomponente i. S. von Anhang V bereits in der niedrigsten Klasse eingeordnet, stellt jede Verschlechterung dieser Komponente eine ‚Verschlechterung des Zustands‘ eines Oberflächenwasserkörpers im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Buchst. a) Ziff. i dar.“¹⁹

¹⁶ EuGH, Urteil vom 01.07.2015 – Rs. C-461/13 – Weservertiefung, EU:C:2015:433; vgl. hierzu auch die Anm. von Durner, DVBl. 2015, 1049 ff., Stüer, DVBl. 2015, 1053 ff.; Faßbender, EurUP 2015, 178 ff.; Laskowski, ZUR 2015, 542 ff.

¹⁷ BVerwG, Urteil vom 09.02.2017 – 7 A 2.15 –, BVerwGE 158, 1 ff.; s. hierzu Stüer, DVBl. 2017, 1038 f.; Schönberger, NuR 2017, 544 ff.; Breuer, NVwZ 2018, Beilage 1, 3 ff.

¹⁸ Vgl. Durner, Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 01.07.2017 – Rs. C-461.13 –, DVBl. 2015, 1049, 1051; Breuer/Gärditz, Öffentliches und privates Wasserrecht, 4. Aufl. 2017, Rn. 163.

¹⁹ EuGH, Urteil vom 01.07.2015 – Rs. C-461/13 – Weservertiefung, EU:C:2015:433, Rn. 50; BVerwG, Urteil vom 27.11.2018 – 9 A 8.17 –, juris, Rn. 22. Ebenso (im Anschluss hieran) etwa BVerwG, Urteil vom 09.02.2017 – 7 A 2.15, Rn. 479, 482; Urteil vom 02.11.2017 – 7 C 25.15, Rn. 43.

Dieser zweigeteilte Verschlechterungsbegriff sollte im Interesse einer einheitlichen Rechtsanwendung und der Rechtssicherheit im nationalen Recht festgeschrieben werden. Dabei besteht aufgrund zwingender unionsrechtlicher Vorgaben kein Spielraum für eine von der Rechtsprechung des EuGH abweichende nationale Begriffsbestimmung. Forderungen, zu der vor dem Weservertiefungsurteil sowohl von der Kommission als auch in den meisten Mitgliedstaaten einschließlich der dortigen Gerichte vertretenen²⁰ sog. Zustandsklassentheorie zurückzukehren, die Anwendung des Verschlechterungsverbots also auf diejenigen Fälle zu begrenzen, in denen sich die Einstufung des Gesamtzustandes eines Wasserkörpers um eine Klasse verschlechtert,²¹ könnte allenfalls auf Ebene des EU-Rechts im Zuge des aktuellen Evaluierungsprozesses der WRRL entsprochen werden. Obwohl die Rechtsprechung des EuGH konkret nur die Auslegung des Verschlechterungsbegriffs im Kontext der Bewertung des ökologischen Zustands²² eines Oberflächenwasserkörpers betraf, ist mit dem BVerwG davon auszugehen, dass diese auch auf den chemischen Zustand von Oberflächenwasserkörpern übertragbar ist, für dessen Einstufung anders als beim ökologischen Zustand bzw. Potenzial nur zwei Bewertungsmöglichkeiten („gut“ und „nicht gut“) vorgesehen sind.²³ Eine Verschlechterung des chemischen Zustands ist demnach gegeben, wenn durch ein Vorhaben bei einem der Schadstoffe aus Anlage 8 der OGewV die jeweilige Umweltqualitätsnorm erstmalig überschritten wird oder bei einem Stoff, der die Umweltqualitätsnorm bereits überschreitet, eine weitere Konzentrationserhöhung eintritt.²⁴

Eine Legaldefinition könnte bei entsprechender sprachlich angepasster Fassung vor diesem Hintergrund einheitlich für den ökologischen und den chemischen Zustand von Oberflächenwasserkörpern erfolgen. Ob die Begriffsbestimmung in das WHG oder – spezifisch für Oberflächengewässer – in die OGewV zu integrieren wäre, wird maßgeblich davon abhängen, ob der EuGH den dargestellten Bewertungsmaßstab für eine Verschlechterung des Zustands von Oberflächenwasserkörpern in seiner (wohl noch in diesem Jahr zu erwartenden) Entscheidung über das anhängige Vorabentscheidungsersuchen des

²⁰ Vgl. hierzu OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 08.11.2017 – 1 A 11/653.16 –, juris, Rn. 49; zu einem Überblick über das Meinungsbild bei Faßbender, ZUR 2016, 195, 200.

²¹ Vgl. etwa BMVI (Hrsg.), Innovationsforum Planungsbeschleunigung, Abschlussbericht, März 2017, abrufbar unter: <https://bmvi.de/SharedDocs/DE/Publikationen/G/innovationsforum-planungsbeschleunigung-abschlussbericht.pdf>, S. 62.

²² Verstanden (wohl) als Oberbegriff für den ökologischen Zustand und das ökologische Potenzial, vgl. BVerwG, Urteil vom 27.11.2018 – 9 A 8.17 –, juris, Rn. 46.

²³ BVerwG, Urteil vom 09.02.2017 – 7 A 2.15 –, juris, Rn. 479, 482; Urteil vom 02.11.2017 – 7 C 25.15 –, juris, Rn. 43.

²⁴ Ebd.

BVerwG von April 2018²⁵ auch auf Grundwasserkörper überträgt (vgl. hierzu nachstehend unter 3.2.2). Eine entsprechende Übertragbarkeit auf den mengenmäßigen Zustand von Grundwasserkörpern ist in der deutschen obergerichtlichen Rechtsprechung bereits angenommen worden;²⁶ auch das BVerwG hat in seiner Rechtsprechung vorbehaltlich der Entscheidung des EuGH über das Vorabentscheidungsersuchen zuletzt eine entsprechende Auslegung zugrunde gelegt, nach der eine Verschlechterung des chemischen Zustands eines Grundwasserkörpers vorliegt, sobald mindestens eine Umweltqualitätsnorm für einen Parameter vorhabenbedingt erstmalig oder weiter überschritten wird.²⁷ Gleichwohl erscheint angesichts der auch vom BVerwG in seinem Vorlagebeschluss aufgezeigten systematischen Unterschiede beider Regelungsregime derzeit nicht gesichert, dass der EuGH seine Rechtsprechung zu Oberflächengewässern ohne größere Modifikationen auch auf Grundwasserkörper übertragen wird.²⁸ Sollte dies nicht der Fall sein und es in der Folge zu einem (zusätzlich²⁹) „gespaltenen“ Verschlechterungsbegriff kommen, böte sich zur Vermeidung von Missverständnissen eine Begriffsbestimmung im Rahmen der OGewV an (vgl. hierzu auch nachstehend unter 3.2.2).

Empfehlung:

Im Interesse der Rechtssicherheit sollte die in der Rechtsprechung des EuGH zur Werservertiefung erreichte Konkretisierung des Begriffs der Verschlechterung des ökologischen Zustands bzw. des ökologischen Potenzials von Oberflächenwasserkörpern im Wege einer Legaldefinition kodifiziert werden. Dabei spricht unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH und des BVerwG viel dafür, diese Begriffsbestimmung in einheitlicher Form sowohl für den ökologischen Zustand bzw. das ökologische Potenzial als auch für den chemischen Zustand von Oberflächenwasserkörpern vorzunehmen. Da bislang weder geklärt noch absehbar ist, inwieweit das Begriffsverständnis des EuGH auch auf Grundwasserkörper übertragbar ist, bietet es sich zur Vermeidung systematischer Unklarheiten aber an, die Legaldefinition nicht in das WHG, sondern (jedenfalls zunächst nur) in die OGewV aufzunehmen.

²⁵ BVerwG, Vorlagebeschluss vom 25.04.2018 – 9 A 16.16 –, DVBl. 2018, 1428; beim EuGH anhängig als Rs. C-535/18.

²⁶ Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 20.12.2018 – OVG 6 B 1.17 –, juris, Rn. 30.

²⁷ Vgl. BVerwG, Urteil vom 27.11.2018 – 9 A 8.17 –, juris, Rn. 50; ebenso bereits Vorlagebeschluss vom 25.04.2018 – 9 A 16.16 –, DVBl. 2018, 1428.

²⁸ Vgl. hierzu im Einzelnen unten 3.2.2.

²⁹ Vgl. zur bereits aktuell bestehenden „Spaltung“ aufgrund der Geltung weitergehender Anforderungen für Gewässerkörper, die in der niedrigsten Zustandsklasse eingeordnet sind, Reinhardt, UPR 2015, 321, 326.

3.1.1.1.1 Irrelevanz von rein messtechnisch nicht erfassbaren Veränderungen und von Veränderungen innerhalb der natürlichen Band- und Schwankungsbreite

Im Zuge der vorstehend geforderten Legaldefinition des Begriffs der Verschlechterung des Zustands von Oberflächenwasserkörpern bietet es sich zudem an, weitere in der deutschen höchstrichterlichen Rechtsprechung zwischenzeitlich erreichte Konkretisierungen der Anwendung des Verschlechterungsverbots in der Vorhabenzulassung gesetzgeberisch nachzuvollziehen. Eine Reihe dieser Konkretisierungen lassen sich dabei der Kategorie einer Irrelevanzschwelle im weitesten Sinne zuordnen, führen also in verschiedenen Ausprägungen im Ergebnis dazu, dass nicht jede noch so geringe negative Auswirkung eines Vorhabens auf den Gewässerzustand als Verschlechterung des ökologischen oder chemischen Zustands i. S. d. § 27 WHG einzuordnen ist.

Eine solche Irrelevanzschwelle im weiteren Sinne ist bereits dem Verschlechterungsbegriff in seiner (oben dargestellten) Auslegung durch den EuGH insofern immanent, als Auswirkungen eines Vorhabens auf eine Qualitätskomponente im Sinne der Anlage 3 der OGewV hiernach bis zur Grenze des Klassensprungs rechtlich unerheblich sind, sofern sich der betreffende Oberflächenwasserkörper nicht in der untersten Zustandsklasse befindet. Dasselbe gilt für Konzentrationserhöhungen von Schadstoffen im Sinne der Anlage 8 der OGewV unterhalb der jeweiligen Umweltqualitätsnorm. Insoweit ist eine gesonderte gesetzgeberische Festschreibung entbehrlich, da dies bereits zwingend aus der angeregten Kodifizierung des Verschlechterungsbegriffs folgen würde.

Empfehlenswert erscheint dagegen ein gesetzgeberischer Nachvollzug der in dieselbe Richtung gehenden, inzwischen gefestigten Rechtsprechung des BVerwG, der zufolge messtechnisch nicht erfassbare Veränderungen sowie solche Veränderungen, die in Relation zur natürlichen Band- und Schwankungsbreite nicht ins Gewicht fallen, mangels relevanter Wirkungen zu vernachlässigen sind.³⁰ Ein solches sog. Abschneidekriterium folgt bereits daraus, dass es in diesen Fällen an der erforderlichen methodisch gesicherten Zurechenbarkeit der Auswirkungen zu einem konkreten Vorhaben fehlt. Es begegnet auch auf der Grundlage der bisherigen EuGH-Rechtsprechung keinen Bedenken, da solche

³⁰ BVerwG, Urteil vom 02.11.2017 – 7 C 25.15 –, juris, Rn. 43; Urteil vom 09.02.2017 – 7 A 2.15 –, juris, Rn. 533 f., Franzius, ZUR 2015, 643, 645 f.; Fellenberg/Jarass/Dingemann/Kottmann, Vorschläge zur Optimierung der Wasserrahmenrichtlinie, August 2018, S. 27.

marginalen Auswirkungen erkennbar ungeeignet sind, nachhaltig auf die Habitatbedingungen der biologischen Qualitätskomponenten einzuwirken.³¹

Nicht verschwiegen werden soll in diesem Zusammenhang gleichwohl, dass ein solches Abschneidekriterium in der Praxis jedenfalls in Einzelfällen durchaus weitergehende Auswirkungen haben kann, als dies auf den ersten Blick scheinen mag. Besonders augenscheinlich wird dies mit Blick auf den ubiquitären polyzyklischen aromatischen Kohlenstoff Benzo[a]pyren, der etwa bei Straßenbauvorhaben praktisch bedeutsam ist und dessen überarbeitete Jahresdurchschnitts-Umweltqualitätsnorm (JD-UQN) gemäß Anlage 8, Tabelle 2 der OGeWV bei dem extrem niedrigen Wert von 0,17 ng/l (= 0,00017 mg/l) liegt. Obwohl diese überarbeitete JD-UQN gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 OGeWV erst ab dem 23.12.2021 gilt, erfordert das Gebot der Konfliktbewältigung nach der Rechtsprechung des BVerwG, dass Vorhabenzulassungen der strengeren Neuregelung bereits Rechnung tragen und gegebenenfalls Vorkehrungen vorsehen, die insoweit eine vorhabenbedingte Verschlechterung des chemischen Zustands der Oberflächengewässer vermeiden.³² Jedenfalls aktuell stößt diese Berücksichtigung der überarbeiteten JD-UQN jedoch insofern an messtechnische Grenzen, als die – von den einzelnen Labors abhängige und damit in jedem Bundesland unterschiedliche – Messbarkeitsgrenze etwa im Bereich des Grenzwertes oder sogar bis zu dreimal höher liegt. Faktisch wäre eine vorhabenbedingte erstmalige Überschreitung der Umweltqualitätsnorm, jedenfalls soweit sie geringfügig ist, damit aktuell messtechnisch schlicht nicht nachweisbar und mithin auf der Grundlage der vorgeannten Rechtsprechung auch nicht zu berücksichtigen. Dieses auf den ersten Blick unbefriedigende Ergebnis erscheint aber vor dem Hintergrund hinnehmbar, dass die zuständige Behörde auf dieser unsicheren Grundlage erteilte wasserrechtliche Erlaubnisse bei sich absehbar entwickelnden verfeinerten Messtechniken gemäß § 13 WHG durch Inhalts- und Schrankenbestimmungen „nachjustieren“ kann.

3.1.1.1.2 Irrelevanz rein lokaler Beeinträchtigungen

Klargestellt werden sollte im Zuge eines gesetzgeberischen Nachvollzugs der in der Rechtsprechung erreichten Konkretisierungen der Prüfungsanforderungen des Verschlechterungsverbots im Rahmen von Vorhabenzulassungen zudem der räumliche Bezugspunkt der Prüfung. In der Rechtsprechung des BVerwG ist anerkannt, dass lokal

³¹ Vgl. etwa Henning, NordÖR 2017, 73, 76 f.; Faßbender, ZUR 2016, 196, 201, Fellenberg/Jarass/Dingemant/Kottmann, Vorschläge zur Optimierung der Wasserrahmenrichtlinie, August 2018, S. 27.

³² BVerwG, Urteil vom 27.11.2018 – 9 A 8.17 –, juris, Rn. 37.

begrenzte Beeinträchtigungen außer Betracht bleiben können, wenn sie sich nicht auf den gesamten Oberflächenwasserkörper auswirken können:

„Räumliche Bezugsgröße für die Prüfung der Verschlechterung bzw. einer nachteiligen Veränderung ist ebenso wie für die Zustands-/Potenzialbewertung grundsätzlich der [Oberflächenwasserkörper (OWK)] in seiner Gesamtheit; Ort der Beurteilung sind die für den Wasserkörper repräsentativen Messstellen. Lokal begrenzte Veränderungen sind daher nicht relevant, solange sie sich nicht auf den gesamten Wasserkörper oder andere Wasserkörper auswirken [...]. Sofern lokal begrenzte Veränderungen der unterstützenden [Qualitätskomponenten (QK)] sich in spezifischer Weise auf die biologischen QK mit Relevanz für den OWK insgesamt auswirken können, müssen die betroffenen Teilbereiche aber zusätzlich gesondert betrachtet werden.“³³

Dies entspricht den Vorgaben von Art. 4 Abs. 1 Buchst. a) Ziffer i) der WRRL, wonach das Verschlechterungsverbot auf den Zustand der „Oberflächenwasserkörper“ bezogen ist, kommt indes in der derzeitigen Fassung des § 27 WHG nicht klar zum Ausdruck, da dieser – insoweit ungenau – nicht von Oberflächenwasserkörpern, sondern von oberirdischen Gewässern spricht.³⁴

Eine solche Klarstellung der Irrelevanz rein lokaler Auswirkungen wäre insbesondere für viele Binnenhäfen und andere Umschlagsplätze, die regelmäßig an Flussmündungen und damit an den Grenzen verschiedener Oberflächenwasserkörper liegen, von nicht unerheblicher Bedeutung. Denn aufgrund der Besonderheiten dieser Lage stellt sich in Zulassungsverfahren regelmäßig die Frage, ob sich die behördliche Prüfung des Verschlechterungsverbot auf den flussabwärts gelegenen Oberflächenwasserkörper beschränken kann oder ob auch stoffbezogene Auswirkungen an der flussaufwärts gelegenen repräsentativen Messstelle des anderen Oberflächenwasserkörpers zu prüfen sind. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es sich selbst dann, wenn vorhabenbezogene Stoffeinträge noch an dem flussaufwärts gelegenen Oberflächenwasserkörper eingeleitet werden, vielfach nur um eine lokal begrenzte Beeinträchtigung dieses Oberflächenwasserkörpers handelt. Etwas anderes ist regelmäßig nur denkbar – und in diesem Fall selbstverständlich auch zu prüfen –, wenn das Vorhaben negative Auswirkungen auf die Durchlässigkeit und damit auf die flussaufwärts vorhandene Fischfauna haben kann oder wenn sich die Fließrichtung

³³ BVerwG, Urteil vom 09.02.2017 – 7 A 2.15 –, juris, Rn. 506; Dallhammer/Fritsch, ZUR 2016, 340, 345.

³⁴ Ebenso LAWA, Handlungsempfehlung Verschlechterungsverbot, beschlossen auf der 153. LAWA-Vollversammlung am 16./17.03.2017 unter nachträglicher Berücksichtigung der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 09.02.2017, Az. 7 A 2.15 „Elbvertiefung“, S. 4 f.

unter bestimmten Gegebenheiten (z. B. bei Hochwasserereignissen an einem von mehreren Zuflüssen) umdrehen kann.

3.1.1.1.3 Irrelevanz nur kurzfristiger Verschlechterungen

Daneben sollte erwogen werden, eine Irrelevanzregelung für nur kurzzeitige Beeinträchtigungen vorzusehen, wie sie etwa bei vielen baubegleitenden Maßnahmen auftreten. Zwar folgt sowohl aus § 31 Abs. 1 WHG als auch aus Art. 4 Abs. 6 WRRL, dass auch eine nur vorübergehende Verschlechterung des Zustands von Wasserkörpern unzulässig ist und dass nur nach Maßgabe der dort genannten kumulativen Voraussetzungen eine Abweichung von den Bewirtschaftungszielen möglich sein soll.³⁵ In der untergerichtlichen Rechtsprechung sowie in der Handlungsempfehlung der LAWA zum Verschlechterungsverbot ist jedoch bereits anerkannt, dass temporäre Beeinträchtigungen, die so kurzfristig sind, dass die Anwendung der strengen Voraussetzungen des § 31 Abs. 1 WHG unverhältnismäßig wäre, bei der Prüfung des Verschlechterungsverbotes außer Betracht bleiben können, wenn mit Sicherheit damit zu rechnen ist, dass sich der bisherige Zustand kurzfristig wieder einstellt.³⁶ Nachteilige Veränderungen, die nach Fertigstellung des gesamten zu betrachtenden Vorhabens wieder beseitigt sind, stellen daher keine Verschlechterungen des Zustands eines Oberflächenwasserkörpers i. S. d. § 27 WHG dar.

3.1.1.1.4 Weitergehende Erheblichkeitsschwelle im engeren Sinne?

Während die vorstehend dargestellten, hier so bezeichneten „Irrelevanzschwellen“ vorrangig auf die Tatsachenfrage bezogen sind, ob überhaupt eine Beeinträchtigung des jeweiligen Oberflächenwasserkörpers gegeben ist,³⁷ wird zum Teil auch eine darüber hinausgehende, „echte“ Erheblichkeitsschwelle – auf unionaler oder nationaler Ebene – für geboten erachtet. In der Tat kann das unionsrechtlich vorgegebene strenge Verständnis des Verschlechterungsbegriffs bei Gewässern, die sich bereits in der untersten Zustandsklasse befinden, eine solche Schwelle aus Gründen der Verhältnismäßigkeit erforderlich machen.³⁸

³⁵ Vgl. hierzu Czychowski/Reinhardt, WHG, 12. Aufl. 2019, § 31 Rn. 3 ff.

³⁶ VG Bremen, Urteil vom 07.02.2019 – 5 K 2621/15 –, juris, Rn. 151; LAWA, Handlungsempfehlung Verschlechterungsverbot (Fn. 34), S. 11; vgl. auch Asemissen, I+E 2018, 10, 18.

³⁷ So die Abgrenzung des VG Bremen, Urteil vom 07.02.2019 – 5 K 2621/15 –, juris, Rn. 151.

³⁸ Vgl. hierzu Fellenberg/Jarass/Dingemann/Kottmann, Vorschläge zur Optimierung der Wasserrahmenrichtlinie, August 2018, S. 27 ff. In diesem Sinne auch Reh binder, in: Hofmann (Hrsg.), Wasserrecht in Europa, 2015, S. 34, 54; Riese/Losert, DVBl. 2015, 346, 349 ff.

Inwieweit eine Erheblichkeitsschwelle vom nationalen Gesetzgeber in unionsrechtskonformer Weise eingeführt werden könnte, wird im Anschluss an die Weservertiefungsentcheidung des EuGH im Schrifttum kontrovers diskutiert.³⁹ Der EuGH hat hierin folgendes ausgeführt:

„Entgegen dem Vorbringen der Bundesrepublik Deutschland lässt sich eine im Wesentlichen auf eine Abwägung der negativen Auswirkungen auf die Gewässer gegen die wasserwirtschaftlichen Interessen gestützte Auslegung, wonach lediglich „erhebliche Beeinträchtigungen“ eine Verschlechterung des Zustands eines Wasserkörpers darstellen, nicht aus dem Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 Buchst. a Ziff. i der Richtlinie 2000/60 ableiten. Zudem ist festzustellen, dass eine solche Auslegung, wie der Kläger des Ausgangsverfahrens ausführt, die in dieser Richtlinie getroffene Unterscheidung zwischen der Pflicht zur Verhinderung der Verschlechterung des Zustands eines Wasserkörpers und den in ihrem Art. 4 Abs. 7 vorgesehenen Gründen für eine Ausnahme außer Acht lässt, da nur Letztere Elemente für eine Interessenabwägung enthalten.“⁴⁰

Ob diese Passage tatsächlich jeder Form einer nationalen Erheblichkeitsschwelle entgegensteht, erscheint zweifelhaft. So ist zum einen zu berücksichtigen, dass die zitierten Ausführungen im Kontext des dortigen Verfahrens gesehen werden müssen und der EuGH (nur) die dort vertretene Auffassung der Bundesregierung zurückgewiesen hat, nach der das Verschlechterungsverbot offenbar einem allgemeinem Abwägungsvorbehalt unterstellt werden sollte. Dies bringt die Urteilsbegründung explizit zum Ausdruck („Entgegen dem Vorbringen der Bundesrepublik Deutschland“). Mit der hinter einer solchen Auslegung zurückbleibenden Frage, ob ein über Messbarkeitsschwellen hinausgehendes, fachlich begründetes Abschneidekriterium zur Sicherstellung der Zurechenbarkeit von Auswirkungen zu einem bestimmten Vorhaben mit den Vorgaben der WRRL vereinbar ist, hat sich der EuGH demgegenüber nicht befusst. Auch andere Passagen des Urteils, in denen der Gerichtshof feststellt, dass die Schwelle zur Annahme eines Verstoßes gegen die Pflicht zur Verhinderung einer Verschlechterung „niedrig“ sein müsse,⁴¹ lassen sich nicht in diese Richtung deuten.

³⁹ Vgl. nur Faßbender, ZUR 2016, 195, 201, Rehbinder, NVwZ 2015, 1506, 1508; Riese/Losert, DVBl. 2015, 346, 349 ff.

⁴⁰ EuGH, Urteil vom 01.07.2015 – Rs. C-461/13 – Weservertiefung, EU:C:2015:433, Rn. 68.

⁴¹ Ebd., Rn. 67.

Angesichts der mit der Einführung einer solchen Erheblichkeitsschwelle verbundenen Zweifel an der Unionsrechtskonformität und daraus folgenden Rechtsunsicherheit erscheint es gleichwohl vorzugswürdig, primär auf EU-Ebene im Rahmen des laufenden Evaluierungsprozesses der WRRL auf eine entsprechende Änderung hinzuwirken.

Sollte eine solche Erheblichkeitsschwelle *de lege ferenda* in Betracht gezogen werden, ließe sich diese regelungstechnisch in unterschiedlichen Ausformungen verwirklichen: So könnte beispielsweise, sofern sich dies fachlich untersetzen lässt, eine quantitative Festlegung formuliert werden, nach der z. B. bei Nichterreichen von 105 % einer Umweltqualitätsnorm und einer vorhabenbedingten Zusatzbelastung von weniger als 10 % der Umweltqualitätsnorm keine Verschlechterung im Sinne des § 27 WHG anzunehmen ist. Als weitere Variante einer nationalen Erheblichkeitsschwelle käme grundsätzlich auch eine Verknüpfung des Verschlechterungsverbot mit Elementen des Verbesserungsgebotes in Betracht. Dies könnte es ermöglichen, die praxisferne, strikte Trennung von Verschlechterungsverbot und Verbesserungsgebot zumindest teilweise zu überwinden. Denkbar wäre es etwa, eine negative Veränderung einer biologischen Qualitätskomponente innerhalb der niedrigsten Zustandsklasse dann für unbeachtlich zu erklären, wenn dadurch das Ziel der Verbesserung des Gewässerzustands nicht in erheblichem Maße zusätzlich beeinträchtigt wird.⁴² Insbesondere diese Variante sollte jedoch vor dem Hintergrund der dargestellten zwingenden Vorgaben des Unionsrechts besser auf EU-Ebene angestrebt werden.

Empfehlung:

Im Rahmen der Legaldefinition(en) des Verschlechterungsbegriffs oder außerhalb hiervon sollte im WHG zudem im Interesse der Rechtssicherheit und der Einheitlichkeit des Vollzugs festgeschrieben werden, dass lediglich lokale, nur kurzfristige und messtechnisch nicht erfassbare Veränderungen sowie Veränderungen von Parametern, die sich innerhalb der natürlichen Band- und Schwankungsbreite bewegen, keine Verschlechterung darstellen. Ob der unionsrechtliche Rahmen Raum für eine darüber hinausgehende – vor dem Hintergrund von Zurechnungsunsicherheiten durchaus sachgerechte oder sogar gebotene – Erheblichkeitsschwelle lässt, erscheint angesichts der Rechtsprechung des EuGH im Weservertiefungsurteil unsicher. Auf die Anerkennung einer solchen Erheblichkeitsschwelle sollte zur Vermeidung von Zweifeln an der Unionsrechtskonformität einer entsprechenden nationalen Regelung vor diesem Hintergrund vorzugsweise auf EU-Ebene im Rahmen des sog. Fitness Checks der Richtlinie hingewirkt werden.

⁴² Fellenberg/Jarass/Dingemann/Kottmann, Vorschläge zur Optimierung der Wasserrahmenrichtlinie, August 2018, S. 29; s. auch Franzius, ZUR 2015, 643, 645.

3.1.1.2 Festschreibung der nur unterstützenden Bedeutung der chemischen Qualitätskomponenten zur Beurteilung des ökologischen Zustands

Auch unabhängig von der festzuschreibenden Auslegung des Verschlechterungsverbots sollte im Rahmen einer Legaldefinition des Verschlechterungsbegriffs klargestellt werden, dass es sich auch bei den chemischen Qualitätskomponenten im Rahmen des ökologischen Zustands (den sog. flussgebietspezifischen Schadstoffen) – ebenso wie bei den hydromorphologischen und allgemeinen physikalisch-chemischen Qualitätskomponenten – nur um unterstützende Parameter zur Beurteilung der für die Frage des Eintritts einer vorhabenbedingten Verschlechterung maßgeblichen biologischen Qualitätskomponenten handelt.

Die Einstufung des ökologischen Zustands und des ökologischen Potenzials eines oberirdischen Gewässers im Sinne von § 27 Abs. 1 und Abs. 2 WHG richtet sich nach § 5 OGeWV. Sie erfolgt gemäß § 5 Abs. 1 und Abs. 2 OGeWV anhand der in Anlage 3 zur OGeWV aufgeführten Qualitätskomponenten, namentlich der biologischen Qualitätskomponenten (Phytoplankton, Großalgen oder Angiospermen, Makrophyten/Phytobenthos, benthische wirbellose Fauna, Fischfauna), der hydromorphologischen Qualitätskomponenten (Wasserhaushalt, Durchgängigkeit, Morphologie, Tidenregime), der chemischen Qualitätskomponenten (spezifische synthetische und nichtsynthetische Schadstoffe in Wasser, Sedimenten oder Schwebstoffen; sog. flussgebietspezifische Schadstoffe) und der allgemeinen physikalisch-chemischen Qualitätskomponenten (Sichttiefe, Temperaturverhältnisse, Sauerstoffhaushalt, Salzgehalt, Versauerungszustand, Nährstoffverhältnisse). Die zuständige Behörde stuft den ökologischen Zustand bzw. das ökologische Potenzial eines Oberflächenwasserkörpers nach Maßgabe von Anlage 4 zur OGeWV in eine der fünf Klassen „sehr gut“, „gut“, „mäßig“, „unbefriedigend“ oder „schlecht“ ein (§ 5 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 2 OGeWV). Maßgebend für die Einstufung ist dabei gemäß § 5 Abs. 4 Satz 1 OGeWV im Grundsatz die jeweils schlechteste Bewertung einer der biologischen Qualitätskomponenten. Gemäß § 5 Abs. 4 Satz 2 OGeWV sind

„bei der Bewertung der biologischen Qualitätskomponenten (...) die hydromorphologischen Qualitätskomponenten nach Anlage 3 Nr. 2 sowie die entsprechenden allgemeinen physikalisch-chemischen Qualitätskomponenten nach Anlage 3 Nr. 3.2 in Verbindung mit Anlage 7 zur Einstufung unterstützend heranzuziehen.“

Diese Regelung erscheint insofern klarstellungsbedürftig, als sie keine klare Aussage zur Bedeutung der chemischen Qualitätskomponenten im Rahmen des ökologischen Zustands,

mithin der sog. flussgebietspezifischen Schadstoffe nach Anlage 6 OGewV, für die Möglichkeit einer Zulassung von Vorhaben enthält. So legt die Formulierung in Satz 1 des Absatzes, wonach maßgebend für die Einstufung im Grundsatz die jeweils schlechteste Bewertung einer der biologischen Qualitätskomponenten ist, zwar – im Ergebnis zutreffend – nahe, dass im Grundsatz auch den chemischen Qualitätskomponenten lediglich eine unterstützende Bedeutung für die Prüfung einer Verschlechterung der für den ökologischen Zustand bzw. das ökologische Potenzial eines Oberflächenwasserkörpers letztlich allein maßgeblichen biologischen Qualitätskomponenten zukommt. In § 5 Abs. 4 Satz 2 OGewV ist der nur unterstützende Charakter dieser chemischen Qualitätskomponenten indes anders als für die hydromorphologischen sowie die allgemeinen physikalisch-chemischen Qualitätskomponenten nach Anlage 3 Nr. 3.2 i. V. m. Anlage 7 OGewV nicht ausdrücklich festgeschrieben, was eine abweichende Beurteilung nahelegen könnte.

Das BVerwG beantwortet die vom EuGH im Weservertiefungsurteil nicht behandelte Frage nach der Bedeutung der unterstützenden Qualitätskomponenten in inzwischen gefestigter Rechtsprechung dahingehend,

„dass eine negative Veränderung von unterstützenden Qualitätskomponenten (auch solchen in der niedrigsten Klassenstufe) für die Annahme einer Verschlechterung nicht ausreicht. Vielmehr muss die Veränderung zu einer Verschlechterung einer biologischen Qualitätskomponente führen.“⁴³

Eine negative Veränderung der unterstützenden Qualitätskomponenten kann damit – im Sinne von „Indikatoren“ mit „flankierende[r] Funktion“⁴⁴ – zwar Anlass geben, die Einstufung der relevanten biologischen Qualitätskomponenten zu überprüfen. Sie stellt aber nur dann eine Verschlechterung i. S. d. § 27 WHG dar, wenn die Verschlechterung zugleich zu einer Verschlechterung einer biologischen Qualitätskomponente führt. Diese nur unterstützende Bedeutung nimmt das BVerwG explizit nicht nur für die hydromorphologischen sowie die allgemeinen physikalisch-chemischen, sondern auch für die chemischen Qualitätskomponenten an.⁴⁵

Diese Einordnung entspricht den Vorgaben von Anhang V Nr. 1.1 WRRL sowie den Definitionen des guten und des mäßigen ökologischen Zustands bzw. Potenzials in diesem

⁴³ BVerwG, Urteil vom 09.02.2017 – 7 A 2.15 –, juris, Rn. 499. Ebenso BVerwG, Urteil vom 29.05.2018 – 7 C 18.17 (7 C 7.16, 7 C 6.13) –, juris, Rn. 14.

⁴⁴ BVerwG, Urteil vom 09.02.2017 – 7 A 2.15 –, juris, Rn. 497; s. auch Durner, W+B 2015, 195, 198; Dallhammer/Fritzsch, ZUR 2016, 340, 343.

⁴⁵ BVerwG, Urteil vom 09.02.2017 – 7 A 2.15 –, juris, Rn. 497.

Anhang, die die weiteren Qualitätskomponenten jeweils als Funktionswerte der biologischen Qualitätskomponenten ausweisen („in Unterstützung der biologischen Qualitätskomponenten“). Gleichwohl werden (nur) in Bezug auf die chemischen Qualitätskomponenten Zweifel an der Annahme einer lediglich unterstützenden Bedeutung geäußert. So finden sich im Schrifttum Stimmen, die eine erstmalige oder weitere Überschreitung von Umweltqualitätsnormen für flussgebietspezifische Schadstoffe stets automatisch als Verschlechterung ansehen wollen.⁴⁶ Ein vergleichbares Verständnis ist auch etwa in der Vollzugshilfe des Landes Brandenburg zur Anwendung des Verschlechterungsverbots niedergelegt.⁴⁷

Hintergrund der Diskussion ist die – der Umsetzung von Vorgaben aus Ziffer 1.1 des Anhangs V der WRRL dienende – Regelung in § 5 Abs. 5 Satz 1 OGewV, wonach der ökologische Zustand bzw. das ökologische Potenzial eines oberirdischen Gewässers höchstens als „mäßig“ einzustufen ist, wenn eine oder mehrere Umweltqualitätsnormen nach Anlage 3 Nr. 3.1 i. V. m. Anlage 6 OGewV nicht eingehalten werden. Anders als den hydromorphologischen und allgemeinen physikalisch-chemischen Qualitätskomponenten kommt den chemischen Qualitätskomponenten damit in begrenztem Umfang – namentlich in Fällen, in denen ein Oberflächenwasserkörper in einem sehr guten oder guten ökologischen Zustand ist und infolge eines Vorhabens eine Umweltqualitätsnorm für einen flussgebietspezifischen Schadstoff erstmalig überschritten wird – in der Tat eine unmittelbar auf die Einstufung des ökologischen Zustands bzw. Potenzials durchschlagende Bedeutung zu.

Ungeachtet dieser Besonderheit spricht jedoch alles dafür, den chemischen Qualitätskomponenten (außerhalb dieses Sonderfalls) mit dem BVerwG ebenfalls eine nur unterstützende Funktion zuzumessen. Dies folgt nicht nur aus den vorzitierten Vorgaben aus Ziffer 1.1 des Anhangs V der WRRL, die gerade nicht zwischen hydromorphologischen und allgemeinen physikalischen-chemischen Qualitätskomponenten einerseits und den Umweltqualitätsnormen für die flussgebietspezifischen Schadstoffe andererseits differenzieren, sondern auch aus den einheitlichen Beschreibungen des mäßigen Zustands der che-

⁴⁶ Dallhammer/Fritzsch, ZUR 2016, 340, 343 f. Vgl. ferner die ursprüngliche Fassung der Handlungsempfehlung der Bund-Länder-Arbeitsgemeinschaft Wasser (LAWA) zum Verschlechterungsverbot von März 2017, S. 22 ff., in der diese Frage offen gelassen und beide Auffassungen dargestellt worden waren (anders in der überarbeiteten Fassung unter nachträglicher Berücksichtigung des Elbvertiefungsurteils des BVerwG, dort S. 20 ff.).

⁴⁷ Vgl. Vollzugshilfe des Ministeriums für Ländliche Entwicklung, Umwelt und Landwirtschaft zur Anwendung des Verschlechterungsverbots nach Wasserrahmenrichtlinie vom 17.07.2017, S. 21.

mischen Komponenten in den Tabellen 1.2.1 bis 1.2.5 in Anhang V der WRRL („Bedingungen, unter denen die oben für die biologischen Qualitätskomponenten beschriebenen Werte erreicht werden können“). Auch diese verweisen auf eine nur nachgeordnete Funktion dieser Komponenten.⁴⁸

Im Interesse der Rechtssicherheit erscheint es daher sachgerecht, diese unionsrechtlich verankerte (grundsätzlich) nachgeordnete Funktion der Umweltqualitätsnormen für die flussgebietsspezifischen Schadstoffe auch in § 5 Abs. 4 OGEwV deutlicher als derzeit zum Ausdruck zu bringen. Dies sollte konkret durch eine entsprechende Ergänzung der chemischen Qualitätskomponenten nach Anlage 3 Nr. 3.1 i. V. m. Anlage 7 in § 5 Abs. 4 Satz 2 OGEwV erfolgen.

Dass eine erstmalige Überschreitung einer Umweltqualitätsnorm für einen flussgebietsspezifischen Schadstoff nach Anlage 6 OGEwV gleichwohl von unmittelbarer Bedeutung für die Prüfung des Verschlechterungsverbots ist, wenn der betreffende Oberflächenwasserkörper in einem guten oder sehr guten Zustand und infolge der Überschreitung auf „mäßig“ herabzustufen ist, folgt bereits aus der Regelung in § 5 Abs. 5 OGEwV i. V. m. dem Verschlechterungsbegriff und bedarf keiner gesonderten Festlegung.

Empfehlung:

§ 5 Abs. 4 OGEwV sollte dahingehend ergänzt bzw. präzisiert werden, dass auch die chemischen Qualitätskomponenten gemäß Nr. 3.1 der Anlage 3 i. V. m. Anlage 6 OGEwV (sog. flussgebietsspezifische Schadstoffe) – ebenso wie die hydromorphologischen und allgemeinen physikalisch-chemischen Qualitätskomponenten – bei der Bewertung der biologischen Qualitätskomponenten und damit auch bei der Prüfung des Verschlechterungsverbot es grundsätzlich (nur) unterstützend heranzuziehen sind.

Die Norm könnte danach wie folgt gefasst werden:

Regelungsvorschlag:

§ 5 Einstufung des ökologischen Zustands und des ökologischen Potenzials

„(4) Bei der Bewertung der biologischen Qualitätskomponenten sind die hydromorphologischen Qualitätskomponenten nach Anlage 3 Nummer 2, die chemischen Qualitätskomponenten nach Anlage 3 Nummer 3.1 in Verbindung mit Anlage 6 sowie die entsprechenden allgemeinen physikalisch-chemischen Qualitätskomponenten nach Anlage 3 Nummer 3.2 in Verbindung mit Anlage 7 zur Einstufung unterstützend heranzuziehen.“

⁴⁸

Vgl. ebd., S. 24.

3.1.1.3 Kriterien zur Abgrenzung der Zustandsklassen der biologischen Qualitätskomponenten

Wie vorstehend unter 3.1.1.1 dargelegt, kommt es bei der Prüfung des Verschlechterungsverbotes gemäß § 27 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Nr. 2 WHG maßgeblich darauf an, ob sich aufgrund des zur Genehmigung stehenden Vorhabens mindestens eine der in der Anlage 3 zur OGeWV aufgeführten biologischen Qualitätskomponenten um mindestens eine Zustandsklasse verschlechtert oder ob eine bereits in der niedrigsten Klasse eingestufte biologische Qualitätskomponente aufgrund vorhabenbedingter Auswirkungen weiter verschlechtert wird. Der ökologische Zustand bzw. das ökologische Potenzial eines Oberflächenwasserkörpers wird dabei in jeweils fünf Klassen („sehr gut“, „gut“, „mäßig“, „unbefriedigend“, „schlecht“) eingeteilt (vgl. § 5 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 2 OGeWV).

Der EuGH geht in seinem Weservertiefungsurteil in Anlehnung an die Vorgaben in Anhang V Ziffer 1.4.1 ii) und iii) der WRRL offenbar davon aus, dass der Zustand jeder biologischen Qualitätskomponente in jeder Kategorie von Oberflächenwasserkörpern mittels der fünf dargestellten Klassen eingestuft ist.⁴⁹ Bei den Grenzen zwischen den Zustandsklassen handelt es sich nach diesem Verständnis um „Grenzwerte“, die eine messtechnisch und juristisch eindeutige Abgrenzung der Zustandsklassen erlauben.⁵⁰ Tatsächlich hat die (behördliche) Einstufung des ökologischen Zustands bzw. des ökologischen Potenzials anhand der Bewertungskriterien aus Tabelle 1 der Anlage 4 zur OGeWV nach näherer Maßgabe der für jede Kategorie von Oberflächenwasserkörpern in den Tabellen 2 bis 6 aufgeführten Qualitätskomponenten sowie unter Verwendung der in Anlage 5 zur OGeWV aufgeführten Bewertungsverfahren und Grenzwerte zu erfolgen (§ 5 Abs. 1 bis 3 OGeWV). Während Tabelle 1 der Anlage 4 zur OGeWV (nur) allgemeine normative Einstufungskriterien für die fünf Zustandsklassen der unterschiedlichen Oberflächengewässertypen vorsieht, enthalten die Tabellen 2 bis 6 der Anlage 4 zur OGeWV textliche Konkretisierungen der Zustandsklassen der biologischen, hydromorphologischen, physikalisch-chemischen und chemischen Qualitätskomponenten für die verschiedenen Kategorien von Oberflächengewässern. Diese Konkretisierungen liegen indes nur für die Zustands- bzw. Potenzialklassen „sehr gut“, „gut“ und „mäßig“ vor. Für die Zustandsklassen

⁴⁹ EuGH, Urteil vom 01.07.2015 – Rs. C-461/13 – Weservertiefung, EU:C:2015:433, Rn. 57.

⁵⁰ Vollzugshinweise des Ministeriums für Umwelt, Energie, Ernährung und Forsten Rheinland-Pfalz zur Auslegung und Anwendung des wasserrechtlichen Verschlechterungsverbots und Zielerreichungsgebots nach den §§ 27 und 47 WHG sowie zu den Ausnahmen nach den §§ 31 Abs. 2 bzw. 47 Abs. 3 Satz 1 WHG (Artikel 4 WRRL) vom 04.05.2017, Az. 103-92 250-000/2015-1 MUEEF, zuletzt aktualisiert am 10.05.2019, S. 13.

„unbefriedigend“ und „schlecht“ fehlt es an entsprechenden qualitätskomponentenspezifischen Kriterien. Dasselbe gilt für die in der Anlage 5 zur OGewV enthaltenen Grenzwerte der ökologischen Qualitätsquotienten für die verschiedenen Gewässertypen. Abgesehen davon, dass der Interkalibrierungsprozess gemäß Ziffer 1.4.1. des Anhangs V der WRRL noch nicht abgeschlossen ist, weisen die Tabellen also nur Grenzwerte zur Abgrenzung des „sehr guten“, „guten“ und „mäßigen“ Zustands von Qualitätskomponenten aus.

Die einzigen normativen Vorgaben für die unteren beiden Zustandsklassen finden sich mithin derzeit in den allgemeinen Abgrenzungskriterien in Tabelle 1 der Anlage 4 zur OGewV. Sie lauten (in Übereinstimmung mit den entsprechenden Vorgaben der WRRL) wie folgt:

„Gewässer, deren Zustand schlechter als mäßig ist, werden als unbefriedigend oder schlecht eingestuft.

Gewässer, bei denen die Werte für die biologischen Qualitätskomponenten des betreffenden Oberflächengewässertyps stärkere Veränderungen aufweisen und die Biozönosen erheblich von denen abweichen, die normalerweise bei Abwesenheit störender Einflüsse mit dem betreffenden Oberflächengewässertyp einhergehen, werden als unbefriedigend eingestuft.

Gewässer, bei denen die Werte für die biologischen Qualitätskomponenten des betreffenden Oberflächengewässertyps erhebliche Veränderungen aufweisen und große Teile der Biozönosen, die normalerweise bei Abwesenheit störender Einflüsse mit dem betreffenden Oberflächengewässertyp einhergehen, fehlen, werden als schlecht eingestuft.“

Diese Vorgaben sind für eine hinreichend rechtssichere Auswirkungsprognose im Rahmen der Prüfung des Verschlechterungsverbots bei der Zulassung von Vorhaben offenkundig nicht ausreichend. Zur Ermöglichung einer normativ angeleiteten Prüfung bedarf es vielmehr – gerade vor dem Hintergrund des aktuell ganz überwiegend nicht guten Zustand der Oberflächenwasserkörper in Deutschland – konkreterer Bewertungsmaßstäbe auch für die Klassen „unbefriedigender Zustand“ und „schlechter Zustand“ in den Tabellen 2 bis 6 der Anlage 4 zur OGewV, die die vorstehend genannten allgemeinen Abgrenzungskriterien näher ausformen.

Der Einführung konkreterer Begriffsbestimmungen für die Einstufung der biologischen Qualitätskomponenten in die Klassen „unbefriedigend“ und „schlecht“ steht das Unionsrecht nicht entgegen; sie dürfte im Gegenteil unionsrechtlich sogar gefordert sein. Die WRRL enthält insoweit lediglich den vorstehend zitierten Rahmen. Es obliegt daher den

Mitgliedstaaten, diesen rechtlichen Rahmen anhand konkreterer qualitätskomponentenspezifischer Kriterien weiter auszuformen (vgl. auch Anhang V, Ziffer 1.4.1 iii) WRRL).

Empfehlung:

Die in den Tabellen 2 bis 6 der Anlage 4 zur OGewV enthaltenen qualitätskomponentenspezifischen Einstufungskriterien für den sehr guten, guten und mäßigen ökologischen Zustand bestimmter Oberflächengewässertypen bzw. für deren sehr gutes, gutes oder mäßiges ökologisches Potenzial sind – wie in Nr. 1.4.1 iii) von Anhang V zur WRRL in Bezug auf die ökologischen Qualitätsquotienten angelegt – um Bestimmungen für die unteren beiden Zustands- bzw. Potenzialklassen (unbefriedigend und schlecht) zu erweitern. Eine rechtssichere fachgutachterliche Einordnung allein auf der Grundlage der allgemein-abstrakten Vorgaben in den Spalten 4 und 5 der Tabelle 1 ohne weitere Konkretisierungen erscheint kaum möglich.

3.1.1.4 Umgang mit natürlichen Hintergrundkonzentrationen von Stoffen in Zulassungsverfahren

In einigen Oberflächenwasserkörpern werden die in Tabelle 2 der Anlage 8 zur OGewV aufgeführten Umweltqualitätsnormen schon aufgrund einer natürlichen Hintergrundkonzentration von Stoffen überschritten. Die OGewV definiert den Begriff der natürlichen Hintergrundkonzentration in § 2 Nr. 7. Eine natürliche Hintergrundkonzentration eines Stoffes ist danach die Konzentration eines Stoffes in einem Oberflächenwasserkörper, die nicht oder nur sehr gering durch (gegenwärtige oder frühere) menschliche Tätigkeiten beeinflusst ist. Für die behördliche Überprüfung der Einhaltung von Umweltqualitätsnormen gemäß § 9 Abs. 2 OGewV ist in Ziffer 3.3 der Anlage 9 zur OGewV vorgesehen, dass die zuständige Behörde eine abweichende Umweltqualitätsnorm festlegt, wenn bereits die natürliche Hintergrundkonzentration eines Stoffes nach Anlage 6 oder Anlage 8 zur OGewV – d. h. eines flussgebietsspezifischen oder eines für den chemischen Zustand eines Wasserkörpers relevanten Schadstoffs – in dem zu beurteilenden Oberflächenwasserkörper die maßgebliche Umweltqualitätsnorm übersteigt.

Unklar und bislang nicht geregelt ist jedoch die Frage, wie bei der Prüfung des Verschlechterungsverbot in Zulassungsverfahren in Konstellationen zu verfahren ist, in denen eine abweichende Umweltqualitätsnorm (noch) nicht festgelegt ist. Dies ist in der Praxis nicht selten, da die Anzahl der von Überschreitungen der Umweltqualitätsnorm aufgrund natürlicher Hintergrundkonzentrationen betroffenen Oberflächenwasserkörper gerade in Bezug auf Schwermetalle und Halbmetalle groß ist und die Hintergrundkon-

zentrationen teilweise gestreut auftreten, so dass vielfach eine wasserkörperscharfe Beurteilung erforderlich ist. Ohne die entsprechende behördliche Festlegung einer abweichenden Umweltqualitätsnorm wäre selbst beim denkbar geringsten (messbaren und die natürliche Band- und Schwankungsbreite verlassenden) Zusatzbeitrag des zur Genehmigung gestellten Vorhabens ein Verstoß gegen das Verschlechterungsverbot gegeben, so dass eine Zulassung nur nach Maßgabe der Ausnahmetatbestände gemäß § 31 WHG in Betracht käme, deren Anwendbarkeit für stoffliche Verschlechterungen zudem zweifelhaft ist (vgl. hierzu nachstehend unter 3.1.3.1). Dies könnte zu einem beträchtlichen Standortnachteil führen und wäre mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit kaum zu vereinbaren. Es erscheint vor diesem Hintergrund empfehlenswert, verfahrensrechtliche Vorschriften dazu festzulegen, wie im Rahmen der vorhabenbezogenen Prüfung des Verschlechterungsverbot zu verfahren ist, wenn die zuständige Behörde trotz besonders hoher und die einschlägige Umweltqualitätsnorm bereits für sich genommen übersteigender natürlicher Hintergrundkonzentrationen keine abweichende Umweltqualitätsnorm festgelegt hat. Zu erwägen ist beispielsweise eine Regelung, nach der die zuständige Behörde eine entsprechende Festlegung jedenfalls bei nachgewiesenen Hintergrundkonzentrationen oberhalb der Umweltqualitätsnorm innerhalb einer bestimmten, das reguläre Zulassungsverfahren nicht unverhältnismäßig verzögernden Frist zu treffen hat.

Empfehlung:

Für die Einstufung des chemischen Zustands eines Oberflächenwasserkörpers anhand der in Tabelle 2 der Anlage zur OGeV aufgeführten Umweltqualitätsnormen (vgl. § 6 Satz 1 OGeV) sollte festgelegt werden, wie im Rahmen des Verschlechterungsverbot mit natürlichen Hintergrundkonzentrationen von Stoffen oberhalb der Umweltqualitätsnormen umzugehen ist. Die Regelung ist so auszugestalten, dass die zuständige Behörde innerhalb einer bestimmten, das reguläre Zulassungsverfahren nicht unverhältnismäßig verzögernden Frist eine abweichende Umweltqualitätsnorm für den betroffenen Stoff und den jeweiligen Oberflächenwasserkörper festzulegen hat.

3.1.2 Verbesserungsgebot/Zielerreichungsgebot

3.1.2.1 Nähere Ausgestaltung des Verhältnisses von Bewirtschaftungs- und Maßnahmenplanung und Zulassungsverfahren

Gemäß § 27 Abs. 1 Nr. 2 WHG, der der Umsetzung des in Art. 4 Abs. 1 Buchst. a) Ziffer ii) und iii) WRRL geregelten sog. Verbesserungsgebotes dient, sind oberirdische Gewässer so zu bewirtschaften, dass ein guter ökologischer und ein guter chemischer Zustand

erhalten oder erreicht werden. Eine entsprechende Regelung enthält § 27 Abs. 2 Nr. 2 WHG für als künstlich oder erheblich verändert eingestufte oberirdische Gewässer, die so zu bewirtschaften sind, dass ein gutes ökologisches Potenzial und ein guter chemischer Zustand erhalten oder erreicht werden. Wie oben (vgl. vorstehend unter 3.1) dargestellt waren diese Ziele, denen neben dem Verschlechterungsverbot ein eigenständiger Gehalt zukommt⁵¹, gemäß § 29 Abs. 1 WHG grundsätzlich bis zum 22.12.2015 zu erreichen; aufgrund nahezu flächendeckend in Anspruch genommener Fristverlängerungen nach § 29 Abs. 2 WHG hat sich der Zeitpunkt der geplanten Zielerreichung jedoch für die ganz überwiegende Zahl der Oberflächenwasserkörper auf den 22.12.2021 oder 2027 verschoben.

Wie das Verschlechterungsverbot ist grundsätzlich auch das Verbesserungsgebot nicht nur im Rahmen der Bewirtschaftungsplanung, sondern auch bei der Zulassung neuer Vorhaben – hier (nur) in Form eines Zielerreichungsgebots⁵² – zu beachten. So ist nach der Rechtsprechung des EuGH eine Genehmigung bzw. Zulassung vorbehaltlich der Gewährung einer Ausnahme zu versagen, wenn das konkrete Vorhaben das Erreichen eines guten ökologischen Zustands bzw. Potenzials und eines guten chemischen Zustands eines Oberflächengewässers zu dem nach der WRRL maßgeblichen Zeitpunkt (unter Berücksichtigung möglicher Verlängerungen) gefährdet.⁵³

Anknüpfend hieran ging das BVerwG in seinem Weservertiefungsurteil zunächst davon aus, dass das Zielerreichungsgebot (nur) dann verletzt sei,

„wenn sich absehen lasse, dass die Verwirklichung eines Vorhabens die Möglichkeit ausschließt, die Umweltziele der Wasserrahmenrichtlinie [...] fristgerecht zu erreichen.“⁵⁴

In der Entscheidung zur Elbvertiefung hat es diesen Maßstab insoweit geringfügig verschärft und weiter konturiert, als klargestellt wurde, dass für die vom EuGH in Bezug

⁵¹ Vgl. nur BVerwG, Urteil vom 02.11.2017 – 7 C 25.15 –, juris, Rn. 59.

⁵² Im Schrifttum und in einigen Vollzugshinweisen der Länder zur Anwendung der WRRL wird zu Recht darauf hingewiesen, dass der Begriff des Verbesserungsgebots im Zusammenhang mit Zulassungsverfahren suggeriere, mit der Zulassung eines Vorhabens müsse auch eine „Verbesserung“ des Gewässers bzw. Wasserkörpers verbunden sein (vgl. nur Vollzugshinweise des Ministeriums für Umwelt, Energie, Ernährung und Forsten Rheinland-Pfalz zur Auslegung und Anwendung des wasserrechtlichen Verschlechterungsverbots und Zielerreichungsgebots nach den §§ 27 und 47 WHG sowie zu den Ausnahmen nach den §§ 31 Abs. 2 bzw. 47 Abs. 3 Satz 1 WHG (Artikel 4 WRRL) vom 04.05.2017, Az. 103-92 250-000/2015-1 MUEEF, zuletzt aktualisiert am 10.05.2019, S. 20). Da dies nicht der Fall ist, erscheint es sachgerecht, den Begriff des „Zielerreichungsgebots“ zu verwenden.

⁵³ EuGH, Urteil vom 01.07.2015 – Rs. C-461/13 – Weservertiefung, EU:C:2015:433, Rn. 51.

⁵⁴ BVerwG, Urteil vom 11.08.2016 – 7 A 1.15 –, juris, Rn. 169.

genommene Gefährdung des fristgerechten Erreichens eines guten Zustands auf den allgemeinen ordnungsrechtlichen Wahrscheinlichkeitsmaßstab abzustellen sei; es reiche also weder aus, dass das Bewirtschaftungsziel möglicherweise nicht erreicht werde, noch müsse – wie es noch im Weservertiefungsurteil anklang – die Zielverfehlung gewiss sein.⁵⁵

Bei der Prüfung, ob ein Vorhaben die Erreichung eines guten Zustands des betroffenen Wasserkörpers zu dem nach der WRRL maßgeblichen Zeitpunkt gefährdet, müssen und dürfen Vorhabenträger und Zulassungsbehörden nach der Rechtsprechung des BVerwG am Maßnahmenprogramm anknüpfen und sich auf die Prüfung beschränken, ob die darin vorgesehenen Maßnahmentypen und Einzelmaßnahmen durch das Vorhaben ganz oder teilweise behindert bzw. erschwert werden.⁵⁶ Anders als das Verschlechterungsverbot ist das Verbesserungsgebot also in erster Linie auf eine Verwirklichung im Rahmen der wasserrechtlichen Planung (vgl. §§ 82, 83 WHG) ausgelegt.

Hieraus folgt zugleich, dass den konkretisierenden Zielen und Maßnahmen im jeweiligen Bewirtschaftungsplan und Maßnahmenprogramm entscheidende Bedeutung auch für die Zulassungsfähigkeit einzelner Vorhaben zukommt. Dies kann sich aus der Perspektive des Vorhabenträgers grundsätzlich sowohl positiv als auch negativ auswirken: Sieht das zum Zeitpunkt der Zulassungsentscheidung geltende Maßnahmenprogramm beispielsweise für einen Stoff, der infolge der Neuerteilung einer Einleitungserlaubnis in gegenüber der vorherigen Erlaubnis unveränderter Menge in einen Wasserkörper eingebracht wird,⁵⁷ keine oder nur unzureichende Maßnahmen vor, mag dies dem Vorhabenträger kurzfristig entgegenkommen. Denn sein Vorhaben kann in diesem Fall auch keine solchen Maßnahmen behindern oder erschweren und steht damit regelmäßig auch mit dem Verbesserungsgebot in Einklang. Auf längere Sicht können solche fehlenden Maßnahmen die Vorhabenzulassung jedoch erschweren, da die zuständige Behörde eine über die Frist nach § 29 WHG hinausgehende Zulassung nur unter der Maßgabe erteilen kann, dass die geltenden Umweltqualitätsnormen unter Berücksichtigung der vorhabenbedingten Einleitungen im

⁵⁵ BVerwG, Urteil vom 09.02.2017 – 7 A 2.15 –, juris, Rn. 582; ebenso BVerwG, Urteil vom 02.11.2017 – 7 C 25.15 –, juris, Rn. 58.

⁵⁶ BVerwG, Urteil vom 09.02.2017 – 7 A 2.15 –, juris, Rn. 584.

⁵⁷ Vgl. zur Maßgeblichkeit des chemischen Ist-Zustands unter Berücksichtigung der bisherigen Einleitungen für die Prüfung des Verschlechterungsverbots BVerwG, Urteil vom 02.11.2017 – 7 C 25.15 – juris, Rn. 47 ff.

maßgeblichen Zeitpunkt mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eingehalten werden.⁵⁸ Dies wird ohne zusätzliche Maßnahmen aber häufig gerade nicht der Fall sein.

Für einen solchen Fall, in dem die für die Bewirtschaftungs- und Maßnahmenplanung zuständige – und regelmäßig nicht mit der Zulassungsbehörde identische – Behörde für die Gestattung einer ansonsten zulassungsfähigen Gewässerbenutzung notwendige Maßnahmen zur Reduzierung anderer Stoffemissionsquellen nicht ergreift bzw. in die Bewirtschaftungsplanung aufnimmt, enthält das WHG gegenwärtig keine klaren Regelungen. Es sollte daher erwogen werden, eine Vorschrift vorzusehen, nach der die hierfür zuständige Behörde zumindest bei offensichtlichen Defiziten der aktuellen Maßnahmen- und Bewirtschaftungsplanung verpflichtet ist, im Rahmen von Zulassungsverfahren kurzfristig eine Anpassung der Maßnahmen- und Bewirtschaftungsplanung außerhalb der in § 84 WHG vorgesehenen Sechs-Jahres-Zyklen zu prüfen.

Wird im Rahmen eines Zulassungsverfahrens festgestellt, dass ein Vorhaben die Erreichung der Umweltziele mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ganz oder teilweise verhindert, ermöglicht die in erster Linie planerisch zu verwirklichende Ausrichtung des Verbesserungsgebots – innerhalb des hierfür gesetzlich vorgesehenen Rahmens – ferner eine Beseitigung des Konflikts eines Vorhabens durch eine Anpassung der Umweltziele,⁵⁹ namentlich durch Fristverlängerungen nach § 29 Abs. 2 WHG oder die wasserkörperbezogene Festlegung abweichender Bewirtschaftungsziele nach § 30 WHG. Obwohl solche Fristverlängerungen und abweichende Bewirtschaftungsziele nach der Rechtsprechung des BVerwG im Staudinger-Urteil auch außerhalb eines Plans festgelegt werden können,⁶⁰ wird die Zulassungsbehörde, die an die grundlegenden planerischen Entscheidungen grundsätzlich gebunden ist, auch hierfür regelmäßig die für die Bewirtschaftungs- und Maßnahmenplanung zuständige Behörde beteiligen müssen.⁶¹ Da das WHG gegenwärtig auch für diese Konstellationen, die in Zukunft angesichts der nahenden maximalen Frist zur Erreichung der Bewirtschaftungsziele (vgl. § 29 WHG) vermehrt auftreten können, keine konkreten verfahrensrechtlichen Vorgaben enthält, erscheint auch insoweit eine ergänzende Regelung geboten.

Empfehlung:

Im WHG sollte geregelt werden, in welcher Form die für die Bewirtschaftungs- und

⁵⁸ Vgl. BVerwG, Urteil vom 02.11.2017 – 7 C 25.15 –, juris, Rn. 58 ff.

⁵⁹ So auch Asemisen, I+E 2018, 73, 77 f.

⁶⁰ BVerwG, Urteil vom 02.11.2017 – 7 C 25.15 –, juris, Rn. 63.

⁶¹ Vgl. zum „prekäre[n] Verhältnis zwischen planerischer Makroebene und operativer Mikroebene“ auch Durner, NuR 2019, 1, 10.

Maßnahmenplanung gemäß §§ 82, 83 WHG zuständige Behörde in Zulassungsverfahren zu beteiligen ist, sofern etwa Fristverlängerungen in Anspruch genommen oder abweichende Bewirtschaftungsziele festgelegt werden sollen. Zu erwägen ist auch, die zuständige Behörde im Falle erkannter Defizite der Bewirtschaftungs- und Maßnahmenplanung, die zulasten des Antragstellers gehen würden, innerhalb angemessener Frist zur Prüfung entsprechender Anpassungen zu verpflichten.

3.1.2.2 Erweiterung der Öffnungsklausel in § 29 Abs. 3 Satz 2 WHG

Die Öffnungsklausel des § 29 Abs. 3 Satz 1 WHG lässt in ihrer derzeitigen Form, wie dargestellt, im Grundsatz nur zwei Fristverlängerungen von jeweils sechs Jahren für die Erreichung eines guten ökologischen und eines guten chemischen Zustands von oberirdischen Gewässern zu. Eine einseitige Anpassung dieses Zeitplans auf nationaler Ebene ist angesichts zwingender unionsrechtlicher Vorgaben aus Art. 4 Abs. 4 WRRL nicht möglich.

Sollte im Rahmen des laufenden Evaluierungsprozesses der WRRL auf EU-Ebene ungeachtet einer Vielzahl dahingehender Forderungen keine weitere Fristverlängerung zugelassen werden, bestünde eine weitere Verlängerungsmöglichkeit angesichts der für die meisten Wasserkörper in Deutschland bereits ausgeschöpften zweifachen Fristverlängerungen mithin gemäß § 29 Abs. 3 Satz 2 WHG nur noch in Fällen, in denen die Ziele aufgrund „der natürlichen Gegebenheiten“ nicht früher erreicht werden können.

Es erscheint vor diesem Hintergrund empfehlenswert, die Möglichkeiten, die der unionsrechtliche Rahmen den nationalen Behörden über den weitgehend unbestimmten Begriff der natürlichen Gegebenheiten belässt, auszuloten und – ggf. im Wege einer gesetzgeberischen Konkretisierung – so weit wie möglich zu nutzen. Unter Berücksichtigung des LAWA-Eckpunktepapiers zu Fristverlängerungen⁶² dürften auf dieser Grundlage etwa weitere Fristverlängerungen in Betracht kommen, die aufgrund erforderlicher langfristiger Reaktionszeiten ökologischer Systeme auf bereits eingeleitete Maßnahmen, der notwendigen Zeit für eine P-Nährstoffentfrachtung in einer gesamten Landschaft und hydrogeologischer Gegebenheiten erforderlich werden. Ansatzpunkte für einen gewissen mitgliedstaatlichen Ermessens- und Einschätzungsspielraum der Mitgliedstaaten bietet

⁶² Vgl. LAWA ad-hoc-Ausschuss „Wirtschaftliche Analyse“: Gemeinsames Verständnis von Begründungen zu Fristverlängerungen nach § 25 c) WHG (Art. 4 Abs. 4 WRRL) und Ausnahmen nach § 25 d) Abs. 1 WHG (Art. 4 Abs. 5 WRRL), 2009. Vgl. auf EU-Ebene auch Guidance Document No. 20, Guidance Document on exemptions to the environmental objectives, 2009.

die Bezugnahme des EU-Gesetzgebers in Art. 4 Abs. 4 Buchst. a) WRRL auf die „vernünftige Einschätzung“ der Mitgliedstaaten.

Empfehlung:

Es sollte geprüft werden, ob und inwieweit die Öffnungsklausel in § 29 Abs. 3 Satz 2 WHG, nach der weitere Fristverlängerungen zur Erreichung eines guten ökologischen und chemischen Zustands von oberirdischen Gewässern über den 22.12.2027 hinausgehend möglich sind, unter Beachtung des unionsrechtlichen Rahmens erweitert werden kann.

3.1.3 Ausweitung der Ausnahmeregelungen in § 31 Abs. 2 WHG

3.1.3.1 Ausnahmefähigkeit von Veränderungen des stofflichen Zustands eines Oberflächenwasserkörpers

Die Bewirtschaftungsziele gemäß §§ 27 und 30 WHG werden durch die Ausnahmenvorschriften in § 31 Abs. 2 WHG für bestimmte Fallkonstellationen relativiert. Bei den von § 31 Abs. 2 Satz 1 WHG erfassten Ausnahmen handelt es sich um gesetzlich vorgezeichnete Verhältnismäßigkeitsprüfungen für Fälle, in denen die Bewirtschaftungsziele aufgrund von menschlich bewirkten Eingriffen in die physischen Gewässereigenschaften oder den Grundwasserstand nicht gewahrt werden können.⁶³ In den im vorliegenden Zusammenhang maßgeblichen Ausschnitten sieht die Norm – neben drei weiteren, für die Gewährung einer Ausnahme kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen – folgendes vor:

„Wird bei einem oberirdischen Gewässer der gute ökologische Zustand nicht erreicht oder verschlechtert sich sein Zustand, verstößt dies nicht gegen die Bewirtschaftungsziele nach den §§ 27 und 30, wenn

1. dies auf einer neuen Veränderung der physischen Gewässereigenschaften oder des Grundwasserstands beruht, [...]“

Anders als der entsprechenden unionsrechtlichen Vorgabe des Art. 4 Abs. 7 WRRL ist der deutschen Umsetzungsvorschrift, die allein auf den guten ökologischen Zustand abstellt, zunächst nicht eindeutig zu entnehmen, dass auch Verschlechterungen des ökologischen Potenzials von künstlichen oder erheblich veränderten Wasserkörpern ausnahmefähig sind. Diese Ungenauigkeit sollte im Rahmen einer Novellierung aus Gründen der Rechtssicherheit beseitigt werden.

⁶³ Czychowski/Reinhardt, WHG, 12. Aufl. 2019, § 31 Rn. 12.

Von erheblich größerer praktischer Bedeutung – und dementsprechend umstritten – ist die Frage, ob nach § 31 Abs. 2 WHG auch Veränderungen des stofflichen Zustands eines Gewässers (etwa durch Schadstoffeinträge aus Punktquellen wie Abwassereinleitungen) ausnahmefähig sind. Aus der Verwendung des nicht legaldefinierten Begriffs der „physischen Gewässereigenschaften“ in Nr. 1 der Vorschrift wird teilweise gefolgert, dass dies nicht der Fall sei; von der Norm erfasst seien vielmehr nur Einwirkungen auf das äußere Erscheinungsbild eines Wasserkörpers, also die Faktoren der Wassermenge und der Hydromorphologie.⁶⁴ Diese restriktive Interpretation liegt auch dem aktuellen CIS-Leitfaden Nr. 36 zu Art. 4 Abs. 7 WRRL von Januar 2018 zu Grunde.⁶⁵ Zusätzlich gestützt werden könnte diese Auslegung durch die Tatsache, dass Ausnahmen vom Verbesserungsgebot nach dem Wortlaut der Vorschrift – insoweit parallel zu Art. 4 Abs. 7 WRRL – nur im Hinblick auf den ökologischen Zustand (bzw. das ökologische Potenzial, s. oben) zugelassen werden können, nicht mithin für eine über den maßgeblichen Zeitpunkt hinaus fort-dauernde Überschreitung von Umweltqualitätsnormen für den chemischen Zustand eines Oberflächenwasserkörpers nach Anlage 8 der OGewV.

Vor dem Hintergrund des dargestellten Verständnisses des Verschlechterungsverbots, wonach bei Oberflächenwasserkörpern, die bereits in der niedrigsten Zustandsklasse eingeordnet sind, jede weitere Verschlechterung eine Verschlechterung des Zustands i. S. d. § 27 WHG darstellt (vgl. hierzu vorstehend unter 3.1.1.1), hätte eine solche Auslegung indes zur Folge, dass Vorhaben, die notwendigerweise mit gewissen zusätzlichen Schadstoffeinträgen verbunden sind, einem ausnahmslosen Verbot unterliegen würden. Dies würde nicht nur erhebliche Bedenken mit Blick auf den auch unionsrechtlich anerkannten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aufwerfen, sondern führte auch zu systematischen Brüchen, da etwa weitaus erheblichere Eingriffe in die Hydromorphologie eines Wasserkörpers (bis hin zur Kanalisation eines Gewässers für die Schifffahrt) ausnahmefähig wären, während eine solche Ausnahme noch so geringfügigen stofflichen Verschlechterungen versagt bleiben müsste.

Vor diesem Hintergrund vertritt ein wachsender Teil der Literatur die Auffassung, dass der Begriff der physischen Gewässereigenschaften (englisch: „*physical characteristics of a surface water body*“) so auszulegen sei, dass er auch die stoffliche Zusammensetzung

⁶⁴ So etwa Riese/Losert, DVBl. 2015, 346, 351; Albrecht, EuRUP 2015, 96, 104; Czychowski/Reinhard, WHG, 12. Aufl. 2019, § 31, Rn. 14.

⁶⁵ CIS, Guidance Document No. 36, Exemptions to the Environmental Objectives according to Article 4(7), Januar 2018, S. 21. Ebenso CIS Guidance Document No. 20 on exemptions to the environmental objectives, S. 9.

des Wassers umfasse.⁶⁶ Hiernach sollen mithin auch Verschlechterungen und Zielverfehlungen des chemischen Zustands sowie der chemischen Qualitätskomponenten im Rahmen des ökologischen Zustands, soweit letztere eine Verschlechterung der maßgeblichen biologischen Qualitätskomponenten bedingen, unmittelbar nach § 31 Abs. 2 WHG ausnahmefähig sein. Einige Bundesländer behelfen sich bei Veränderungen der chemischen Gewässereigenschaften jedenfalls mit einer analogen Anwendung der Vorschrift;⁶⁷ in anderen Ländern wird eine solche demgegenüber als „rechtlich [...] nicht vertretbar“ abgelehnt.⁶⁸

Ob dieser insgesamt sowohl in der Sache als auch mit Blick auf eine einheitliche Rechtsauslegung und -anwendung unbefriedigende Zustand vom deutschen Gesetzgeber einseitig in dem Sinne aufgelöst werden könnte, dass stoffliche Einleitungen für generell ausnahmefähig erklärt werden, erscheint angesichts des in eine andere Richtung deutenden Wortlauts des vorrangigen Art. 4 Abs. 7 WRRL fraglich. Zur Vermeidung zusätzlicher Rechtsunsicherheiten aufgrund einer möglicherweise unionsrechtswidrigen Novellierung erscheint es vor diesem Hintergrund empfehlenswerter, sich im Rahmen des laufenden Evaluierungsprozesses für eine entsprechende – gerade mit Blick auf den heranrückenden Zeitpunkt der vorgegebenen Erreichung der Umweltziele im Jahr 2027 unabdingbare – Anpassung der Vorschrift auf EU-Ebene einzusetzen.

Auch unabhängig hiervon dürfte sich auf nationaler Ebene ohne Verletzung unionsrechtlicher Vorgaben aber festschreiben lassen, dass stoffliche Belastungen jedenfalls dann von der Ausnahme des § 31 Abs. 2 WHG erfasst sind, wenn sie auf einer neuen Veränderung der physischen Gewässereigenschaften beruhen. Eine solche „vermittelnde“ Auslegung findet sich inzwischen auch in der LAWA-Handlungsempfehlung zum Verschlechterungsverbot⁶⁹ sowie im Entwurf des neuen CIS-Guidance Documents zu Art. 4

⁶⁶ Füßer/Lau, NuR 2015, 589, 593; Faßbender, EurUP 2015, 178, 191; Durner, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, Stand: 85. EL Dezember 2017, § 31 WHG, Rn. 30; Franzius, ZUR 2015, S. 643; Schmid, in: Berendes/Frenz/Müggenborg (Hrsg.), WHG, 2. Aufl. 2017, § 31 Rn. 35.

⁶⁷ Vgl. nur Vollzugshinweise des Ministeriums für Umwelt, Energie, Ernährung und Forsten Rheinland-Pfalz zur Auslegung und Anwendung des wasserrechtlichen Verschlechterungsverbots und Zielerreichungsgebots nach den §§ 27 und 47 WHG sowie zu den Ausnahmen nach den §§ 31 Abs. 2 bzw. 47 Abs. 3 Satz 1 WHG (Artikel 4 WRRL) vom 04.05.2017, Az. 103-92 250-000/2015-1 MUEEF, zuletzt aktualisiert am 10.05.2019, S. 18 f.

⁶⁸ Vgl. nur Vollzugshilfe des Ministeriums für Ländliche Entwicklung, Umwelt und Landwirtschaft des Landes Brandenburg zur Anwendung des Verschlechterungsverbots nach Wasserrahmenrichtlinie, 17.07.2017, S. 39.

⁶⁹ LAWA, Handlungsempfehlung Verschlechterungsverbot, beschlossen auf der 153. LAWA-Vollversammlung am 16./17.03.2017 unter nachträglicher Berücksichtigung der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 09.02.2017, Az. 7 A 2.15 „Elbvertiefung“, S. 37 f.

Abs. 7 WRRL⁷⁰ und ermöglicht es, jedenfalls stoffliche Nebenwirkungen hydromorphologischer Eingriffe wie z. B. eine Remobilisierung im Sediment gebundener Schadstoffe bei Flussbaumaßnahmen auf der Grundlage des § 31 Abs. 2 WHG zuzulassen.

Empfehlung:

Im Rahmen der Ausnahmevorschrift des § 31 Abs. 2 WHG sollte durch eine entsprechende Ergänzung im ersten Satzteil klargestellt werden, dass eine Ausnahme auch bei Nichterreichen des guten ökologischen Potenzials eines künstlichen oder erheblich veränderten Oberflächenwasserkörpers in Betracht kommt. Zudem sollte geprüft werden, inwieweit der unionsrechtliche Rahmen es zulässt, § 31 Abs. 2 Satz 1 WHG – namentlich die Voraussetzung einer neuen Veränderung der physischen Gewässereigenschaften – dahingehend zu erweitern, dass auch stoffliche Veränderungen des Gewässerzustands (jedenfalls als Folge hydromorphologischer Eingriffe) ausnahmefähig sind.

3.1.3.2 Konkretisierung der Alternativenbetrachtung (§ 31 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 WHG)

Voraussetzung einer Ausnahme von den Bewirtschaftungszielen gemäß § 27 und § 30 WHG ist nach § 31 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 WHG, dass die Bewirtschaftungsziele nicht mit anderen geeigneten Maßnahmen erreicht werden können, die wesentlich geringere nachteilige Auswirkungen auf die Umwelt haben, technisch durchführbar sind und nicht mit unverhältnismäßig hohem Aufwand⁷¹ verbunden sind. Es handelt sich um eine gesetzlich geforderte Alternativenprüfung. Diese wird im WHG jedoch mit Blick auf die konkret erforderlichen behördlichen Prüfungen nicht hinreichend konkretisiert. Insbesondere aufgrund der Bezugnahme auf „wesentlich geringere Auswirkungen auf die Umwelt“ ist es zwar naheliegend, dass bei der Alternativenbetrachtung nicht nur die Ermittlung und Prüfung der Auswirkungen auf das Medium Wasser, sondern auf alle Umweltbestandteile erforderlich ist.⁷² Unklar bleibt jedoch die räumliche und sachliche Reichweite der Alternativenprüfung. In der Praxis stellen sich insoweit regelmäßig Fragen dazu, ob eine bestimmte Maßnahme in die Alternativenbetrachtung einzubeziehen ist.

Empfehlung:

Die in § 31 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 WHG geregelte Alternativenprüfung ist hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung hinreichend eng. Es sollte jedoch erwogen werden, die räumliche und sachliche Reichweite der erforderlichen Betrachtung klarzustellen.

⁷⁰ CIS, Draft Guidance Document No. 35 on Article 4(7), S. 20, 29.

⁷¹ Zur Verhältnismäßigkeit des Aufwands vgl. OVG Hamburg, Urteil vom 18.01.2013 – 5 E 11.08 –, juris, Rn. 278 ff.

⁷² Czyschowski/Reinhardt, WHG, 12. Aufl. 2019, § 31 Rn. 16b.

3.1.4 Einführung eines gestuften Prüfverfahrens

Die Anforderungen an die Prüfung der wasserrechtlichen Bewirtschaftungsziele in der Vorhabenzulassung einschließlich der Darstellung im wasserrechtlichen Fachbeitrag sind seit dem Weservertiefungsurteil des EuGH in der Rechtsprechung des BVerwG schrittweise konkretisiert worden. Eine ordnungsgemäße Prüfung des Verschlechterungsverbots setzt hiernach regelmäßig sowohl eine Ermittlung des Ist-Zustands als auch eine Auswirkungsprognose für die einzelnen zu bewertenden Gewässer, also eine wasserkörperbezogene Prüfung, voraus, um eine nachvollziehbare Beurteilung der in Betracht kommenden Auswirkungen des Vorhabens auf die einzelnen Oberflächenwasserkörper zu ermöglichen.⁷³ Die dem Fachbeitrag zugrundeliegenden Daten dürfen dabei grundsätzlich nicht wesentlich älter sein, als es den normativ vorgegebenen Überwachungsintervallen für die überblicksweise Überwachung nach Anlage 10 zur OGewV entspricht, und müssen, sofern es (wie in der Praxis nicht selten) an hinreichend aktuellen Daten fehlt, nacherhoben werden. Der Fachbeitrag bedarf zudem einer vorherigen Beteiligung der Öffentlichkeit.⁷⁴

Der hiermit verbundene Prüfungsaufwand auf Seiten der Vorhabenträger und der Zulassungsbehörden ließe sich reduzieren, wenn der Gesetzgeber (auch) im WHG ein abgestuftes Prüfverfahren verankern würde: In Anlehnung an die FFH-Vorprüfung bzw. Erheblichkeitseinschätzung⁷⁵ (im UVP-Recht sog. *Screening*) könnte auch der wasserrechtlichen Vollprüfung eine Vorprüfung vorgeschaltet werden, in der ohne Geltung der dargestellten formellen und materiellen Vorgaben an einen Fachbeitrag untersucht wird, ob anhand objektiver Umstände die Besorgnis einer nachteiligen Veränderung des Wasserkörpers überhaupt ernsthaft besteht. Zwar kommt eine direkte Übernahme der Verfahrensstufe nach FFH-Recht nicht in Betracht. Denn im Wasserrecht gelten keine vergleichbar strengen Beweismaßstäbe wie im Habitatschutzrecht, wo im Rahmen der eigentlichen Verträglichkeitsprüfung grundsätzlich jede erhebliche Beeinträchtigung des Natura 2000-Gebiets ihrerseits ausgeschlossen werden muss.⁷⁶ Eine ausdrückliche Verankerung einer

⁷³ BVerwG, Hinweisbeschluss vom 25.04.2018 – 9 A 16.16 –, DVBl 2018, 1426, Rn. 51; Urteil vom 27.11.2018 – 9 A 8.17 –, juris, Rn. 21, 24.

⁷⁴ Ebd., Rn. 26, 54.

⁷⁵ S. zur Vorprüfung allgemein Lüttgau/Kockler, in: BeckOK Umweltrecht, Stand: 50. EL vom 01.04.2019, § 34 BNatSchG Rn. 10.

⁷⁶ S. insb. BVerwG, Urteil vom 07.01.2007 – 9 A 20.05 –, juris, Rn. 62: „Wenn bei einem Vorhaben aufgrund der Vorprüfung nach Lage der Dinge ernsthaft die Besorgnis nachteiliger Auswirkungen entstanden ist, kann dieser Verdacht nur durch eine schlüssige naturschutzfachliche Argumentation ausgeräumt werden, mit der ein Gegenbeweis geführt wird“.

Vorprüfung auch im Bereich des WHG erscheint jedoch nicht nur im Interesse der Planungsbeschleunigung, sondern auch deshalb sachgerecht, um die aus anderen Bereiche bekannte Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auch terminologisch nachzuziehen.

Ein solches abgestuftes Prüfverfahren dürfte angesichts des geltenden allgemeinen ordnungsrechtlichen Wahrscheinlichkeitsmaßstabs (vgl. hierzu vorstehend unter 3.1.2.1) bereits nach aktueller Rechtslage zulässig und auch ohne weiteres mit unionsrechtlichen Vorgaben vereinbar sein. Da eine weitere, fachgutachterlich untersetzte Prüfung nur dann unterbleiben könnte, wenn nachteilige Veränderungen der betroffenen Wasserkörper mit hinreichender Sicherheit auszuschließen sind, ist auch keine Umgehung wasserrechtlicher Schutzstandards zu befürchten.

Empfehlung:

Es sollte im WHG klargestellt werden, dass in Fällen, in denen relevante Auswirkungen des Vorhabens auf den Gewässerzustand bereits auf der Grundlage einer Vorprüfung mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen werden können, auf eine gutachterlich unterlegte Vollprüfung verzichtet werden kann.

3.2 Bewirtschaftung des Grundwassers

Ebenso wie bei den nationalen Regelungen zur Bewirtschaftung oberirdischer Gewässer (hierzu vorstehend unter 3.1) besteht auch in Bezug auf die Bewirtschaftungsziele für das Grundwasser (§ 47 WHG) in verschiedenen Punkten Novellierungsbedarf.

Bezüge zum Grundwasser und damit auch zu den Bewirtschaftungszielen für das Grundwasser bestehen bei einer Vielzahl von Vorhabenzulassungen, zumal das WHG nach Maßgabe der §§ 8, 9 WHG neben den Benutzungen der oberirdischen Gewässer auch solche des Grundwassers als zulassungsbedürftig ansieht.

Welche Nutzungen des Grundwassers einer Zulassung bedürfen, bestimmt § 9 WHG. Hiernach sind insbesondere das Einbringen und Einleiten von Stoffen (Abs. 1 Nr. 4), das Entnehmen, Zutagefördern, Zutageleiten und Ableiten von Grundwasser (Abs. 1 Nr. 5), das Aufstauen, Absenken und Umleiten von Grundwasser (Abs. 2 Nr. 1) sowie Maßnahmen, die geeignet sind, dauernd oder in einem nicht nur unerheblichen Ausmaß nachteilige Veränderungen der Wasserbeschaffenheit herbeizuführen (Abs. 2 Nr. 2), zulassungspflichtig, sofern es sich nicht um eine erlaubnisfreie Benutzung des Grundwassers nach

Maßgabe des § 46 WHG handelt. Insgesamt ist damit ein großer Teil gewerblicher, industrieller und infrastruktureller Vorhaben als erlaubnis- bzw. bewilligungspflichtige Nutzung des Grundwassers einzustufen. Wichtige Anwendungsgebiete bilden beispielsweise die Einleitung von Abwasser (auch von Schiffen)⁷⁷, die Niederschlagswasserbeseitigung von gewerblich oder industriell genutzten Flächen (Parkplätze, Lagerflächen, Produktionsflächen, Umschlagsflächen usw.)⁷⁸ oder die Versickerung von Straßenoberflächenwasser in das Grundwasser.⁷⁹ Besonders im Fokus steht zudem die durch die Landwirtschaft verursachte düngedingte Nitratbelastung des Grundwassers. Der in diesem Zusammenhang diskutierte Handlungsbedarf, insbesondere hinsichtlich einer weiteren Novellierung der Düngeverordnung, wird vorliegend mangels unmittelbarer Relevanz für die maritime Wirtschaft allerdings nicht näher betrachtet.⁸⁰

3.2.1 Bewirtschaftungsziele für das Grundwasser

Besteht eine Zulassungspflicht, sind im Rahmen des hierfür jeweils einschlägigen verwaltungsrechtlichen Verfahrens (etwa §§ 8, 12 WHG, § 68 WHG für den Gewässerausbau, § 14 WaStrG für Bundeswasserstraßen, § 17 FStrG für Bundesfernstraßen, §§ 52, 55 BBergG i. V. m. § 19 Abs. 2 WHG für bergrechtliche Betriebspläne) die zu beachtenden Bewirtschaftungszielvorgaben der WRRL für das Grundwasser von erheblicher Relevanz.

Gemäß § 47 Abs. 1 WHG ist das Grundwasser so zu bewirtschaften, dass eine Verschlechterung seines mengenmäßigen und seines chemischen Zustands vermieden wird (Nr. 1), alle signifikanten und anhaltenden Trends ansteigender Schadstoffkonzentrationen aufgrund der Auswirkungen menschlicher Tätigkeiten umgekehrt werden (Nr. 2) und ein guter mengenmäßiger und ein guter chemischer Zustand erhalten oder erreicht werden

⁷⁷ Czychowski/Reinhardt, WHG, 12. Aufl. 2019, § 9 Rn. 40.

⁷⁸ Dohmen, W+B 2018, 195, 196.

⁷⁹ Kotulla, WHG, 2. Aufl. 2011, § 9 Rn. 29; hierzu insb. BVerwG, Beschluss vom 25.04.2018 – 9 A 15.16 und 9 A 16.16.

⁸⁰ Vgl. hierzu insbesondere die Verurteilung der Bundesrepublik Deutschland im Vertragsverletzungsverfahren durch EuGH, Urteil vom 21.06.2018 – Rs. C-543/16 –, Kommission/Deutschland, EU:C:2018:481.

(Nr. 3).⁸¹ Die erforderliche Beurteilung des Zustands erfolgt, ebenso wie bei Oberflächengewässern (vgl. hierzu vorstehend unter 3.1.1.1.2), anhand repräsentativer Messstellen für den Grundwasserkörper in seiner Gesamtheit.⁸²

Dabei wird die Bewertung von Grundwasserkörpern allerdings vor besondere Herausforderungen gestellt, die auch gesetzgeberisch nur schwer lösbar sind. So bereiten die Suche geeigneter Messstellen und die Beurteilung der Grundwasserqualität erhebliche Schwierigkeiten, da die Beschaffenheit des Grundwassers abhängig von naturräumlich unterschiedlichen Gegebenheiten, der Länge der Fließwege und der Rückhaltung im Boden, der Fließrichtung sowie dem Grundabfluss starken räumlichen Schwankungen unterliegen kann.⁸³ Zusätzlich ergibt sich aufgrund der natürlichen zeitlichen Verzögerung bei der Bildung und der Erneuerung von Grundwasserressourcen ein natürlicher Verzögerungseffekt, der bei der Aufstellung von Bewirtschaftungsplänen und Maßnahmenprogrammen zu berücksichtigen ist.⁸⁴

Zudem fehlen bislang fachliche Kriterien und Methoden, um die Qualität des Grundwassers als Lebensraum beurteilen zu können.⁸⁵ In der Folge besteht eine weitere Besonderheit darin, dass sich die Ver- und Gebote des § 47 Abs. 1 WHG – im Gegensatz zu den für oberirdische Gewässer geltenden Ver- und Geboten – nicht auf den ökologischen Zustand, sondern allein auf den chemischen und mengenmäßigen Zustand des Grundwassers beziehen. In diesem Sinne formuliert auch die WRRL nur das Ziel eines guten chemischen und mengenmäßigen Zustands des Grundwassers, während bei Oberflächengewässern auch der gute ökologische Zustand herzustellen ist. Eine ökologische (Gesamt-)Betrachtung hinsichtlich des Lebensraums Grundwasser findet derzeit also nicht statt. Hieran ist ungeachtet der ohnehin zwingend zu beachtenden unionsrechtlichen Vorgaben mangels Klärung der fachlichen Kriterien und Methoden bis auf weiteres festzuhalten.

Empfehlung:

§ 47 Abs. 1 Nr. 3 WHG fordert hinsichtlich des Verbesserungsgebotes für Grundwasser nur die Erhaltung oder Erreichung eines guten chemischen und eines guten mengenmäßigen

⁸¹ Vgl. Art. 4 Abs. 1 Buchst. b WRRL.

⁸² Dies ist bei Grundwasserkörpern insofern von besonderer Relevanz, als diese in Deutschland zum Teil eine erhebliche Größe aufweisen. Die mittlere Größe der Grundwasserkörper variiert je nach Bundesland zwischen 120 km² (Nordrhein-Westfalen) und 1250 km² (Bayern); für Deutschland liegt die mittlere Größe aller etwa 980 Grundwasserkörper bei ca. 400 km² (vgl. BMU, Grundwasser in Deutschland, 2008).

⁸³ Böhme, in: Berendes/Frenz/Müggenborg, WHG, 2. Aufl. 2017, § 47 Rn. 23.

⁸⁴ (An-)erkannt auch in Erwägungsgrund 28 der WRRL.

⁸⁵ Vgl. Böhme, in: Berendes/Frenz/Müggenborg (Hrsg.), WHG, 2. Aufl. 2017, § 47 Rn. 10; Ginzky, NVwZ 2005, 291, 297.

ßigen Zustands des Grundwasserkörpers. Das Erreichen eines guten ökologischen Zustands bzw. eines guten ökologischen Potenzials wird analog zur WRRL nicht eingefordert. Daran ist festzuhalten, da bislang einschlägige fachliche Standards und Bewertungsmethoden fehlen.

3.2.2 Begriff der Verschlechterung

Gemäß § 47 Abs. 1 Nr. 1 WHG ist das Grundwasser so zu bewirtschaften, dass eine Verschlechterung seines mengenmäßigen und chemischen Zustands vermieden wird (Verschlechterungsverbot). Nachdem sich der EuGH in seinem Weservertiefungsurteil nur mit der Verschlechterung von Oberflächenwasserkörpern beschäftigt hat, ohne Aussagen bezüglich der Grundwasserkörper zu treffen,⁸⁶ drängt sich die Frage nach der Übertragbarkeit der Entscheidung auf die übrigen Gewässertypen, also auf Küstengewässer (§ 44 WHG), Meeressgewässer (§ 45a WHG) und – in der Praxis besonders bedeutsam – das Grundwasser (§ 47 WHG), auf.

Das BVerwG hat insoweit mit Beschluss vom 25.04.2018 ein planfeststellungsrechtliches Verfahren – den Neubau der A 33/B 61 im Bereich von Bielefeld (Zubringer Ummeln) – zum Anlass genommen, dem EuGH gemäß Art. 267 AEUV einige Fragen zur Auslegung der WRRL zur Vorabentscheidung vorzulegen, von denen sich die Frage 3 auf die Beurteilung der Verschlechterung des chemischen Zustands von Grundwasserkörpern bezieht.⁸⁷ Diese lautet:

„Ist der Begriff der Verschlechterung des Zustands eines Grundwasserkörpers in Art. 4 Abs. 1 Buchst. b Ziff. i WRRL dahin auszulegen, dass eine Verschlechterung des chemischen Zustands eines Grundwasserkörpers vorliegt, sobald mindestens eine Umweltqualitätsnorm für einen Parameter vorhabenbedingt überschritten wird, und dass unabhängig davon dann, wenn für einen Schadstoff der maßgebliche Schwellenwert bereits überschritten ist, jede weitere (messbare) Erhöhung der Konzentration eine Verschlechterung darstellt?“

⁸⁶ EuGH, Urteil vom 01.07.2015 – Rs. C-461/13 – Weservertiefung, EU:C:2015:433, Rn. 43 ff. Wie oben bereits dargelegt (vgl. vorstehend unter 3.1.1.1), hat der EuGH festgestellt, dass eine Verschlechterung des Zustands eines Oberflächenwasserkörpers i. S. d. Art. 4 Abs. 1 Buchst. a Ziff. i WRRL vorliegt, sobald sich der Zustand mindestens einer Qualitätskomponente im Sinne des Anhangs V um eine Klasse verschlechtert, auch wenn diese Verschlechterung nicht zu einer Verschlechterung der Einstufung des Oberflächenwasserkörpers insgesamt führt. Ist jedoch die betreffende Qualitätskomponente im Sinne von Anhang V bereits in der niedrigsten Klasse eingeordnet, soll jede Verschlechterung dieser Komponente eine Verschlechterung des Zustands eines Oberflächenwasserkörpers darstellen.

⁸⁷ BVerwG, Vorlagebeschluss vom 25.04.2018 – 9 A 16.16 –, juris, Rn. 44; beim EuGH anhängig als Rs. C-535/18.

Mit seiner Vorlage stellt das BVerwG zunächst klar, dass das Verschlechterungsverbot nach seinem Verständnis auch für das Grundwasser (Art. 4 Abs. 1 Buchst. b Ziffer i bis ii WRRL) verbindlichen Charakter habe und bei der Zulassung eines Vorhabens zwingend zu prüfen sei, da die Ausführungen im Weservertiefungsurteil des EuGH insoweit auf das Grundwasser übertragbar seien.⁸⁸ Nicht ohne weiteres übertragbar sei hingegen der Bewertungsmaßstab, da die WRRL für Oberflächenwasserkörper eine fünfstufige Skala der ökologischen Qualitätskomponenten vorsieht (vgl. Anhang V Nr. 1.4.1 Ziff. iii WRRL), wohingegen in Bezug auf das Grundwasser bezüglich des mengenmäßigen und chemischen Zustands jeweils nur zwischen gut und schlecht unterschieden werde (vgl. Anhang V Nr. 2.2.4 und Nr. 2.4.5 WRRL).⁸⁹

Bei entsprechender Zugrundelegung der Vorgaben des EuGH für Oberflächenwasserkörper liege eine Verschlechterung des chemischen Zustands eines Grundwasserkörpers vor, sobald mindestens eine Umweltqualitätsnorm für einen Parameter vorhabenbedingt überschritten werde. Für Schadstoffe hingegen, die den maßgeblichen Schwellenwert bereits im Ist-Zustand überschreiten, stelle jede weitere (messbare) Erhöhung der Stoffkonzentration eine Verschlechterung dar.⁹⁰

Demnach wäre zur Beurteilung des chemischen Zustands eines Grundwasserkörpers für jeden der relevanten Schadstoffe zu prüfen, ob es vorhabenbedingt zu einer Überschreitung des in Anlage 2 der Grundwasserverordnung (GrwV) bzw. eine Überschreitung des gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 GrwV abweichend festgelegten Schwellenwertes kommt. Eine Verschlechterung des chemischen Zustands eines Grundwasserkörpers läge bereits vor, wenn nur ein Schadstoff den für den jeweiligen Grundwasserkörper maßgeblichen Schwellenwert vorhabenbedingt erstmals überschreitet oder – im Falle einer bereits vorliegenden Überschreitung – bei jeder weiteren Erhöhung der Konzentration dieses Stoffes. Ebenso wären auch zur Beurteilung des mengenmäßigen Zustands als „gut“ oder „schlecht“ alle in § 4 Abs. 2 GrwV aufgeführten Kriterien heranzuziehen. Eine Verschlechterung des mengenmäßigen Zustands eines Grundwasserkörpers läge vor, wenn nur ein Kriterium nicht mehr erfüllt wird. Bei Kriterien, die bereits vor der Maßnahme

⁸⁸ BVerwG, Vorlagebeschluss vom 25.04.2018 – 9 A 16.16 –, juris, Rn. 44; so zuvor bereits BVerwG, Urteil vom 10.11.2016 – 9 A 8.15 –, juris, Rn. 118 ff.

⁸⁹ BVerwG, Vorlagebeschluss vom 25.04.2018 – 9 A 16.16 –, juris, Rn. 46 ff.; vgl. hierzu Dallhammer/Fritsch, ZUR 2016, 340, 347.

⁹⁰ BVerwG, Vorlagebeschluss vom 25.04.2018 – 9 A 16.16 –, juris, Rn. 49.

nicht erfüllt sind, würde jede weitere Verringerung der Grundwassermenge eine Verschlechterung begründen. Allerdings existieren insoweit weder eine Klasseneinteilung noch etwaige Grenzwerte.

Ob bzw. inwieweit der EuGH diese Annahmen des BVerwG in dem anhängigen Verfahren bestätigt und die Anwendung des Verschlechterungsverbots auf das Grundwasser konkretisiert, bleibt abzuwarten. Wenn die Entscheidung des EuGH vorliegt, ist zu bewerten, ob sich eine spezielle Kodifizierung der dann einschlägigen Rechtsprechung zum Begriff der Verschlechterung für das Grundwasser anbietet, um die entstandenen Rechtsunsicherheiten abzumildern. Dabei wird Folgendes zu berücksichtigen sein:

- Aller Voraussicht nach zu Recht stellt das BVerwG fest, dass das Verschlechterungsverbot auch in grundwasserrechtlichen Zulassungsverfahren verbindlich und als solches bei jeder Zulassungsentscheidung eines Vorhabens strikt zu beachten ist. Bezugspunkt dieser Prüfung ist der jeweilige Grundwasserkörper in seiner Gesamtheit.⁹¹ Insoweit kann die diesbezügliche Wertung des EuGH für oberirdische Gewässer auch auf das Grundwasser übertragen werden.⁹²
- Zweifel ergeben sich bezüglich der Übertragbarkeit des vom EuGH für oberirdische Gewässer entwickelten Bewertungsmaßstabs des Verschlechterungsverbot.⁹³ Zu berücksichtigen ist insoweit, dass die Regelungen zu den Oberflächenwasser- und den Grundwasserkörpern neben der im Falle des Grundwassers nur zweistufigen Bewertungsskala auch insgesamt nur bedingt vergleichbar sind. So sind (nur) in grundwasserrechtlichen Zulassungsverfahren neben dem Verschlechterungsverbot (§ 47 Abs. 1 Nr. 1 WHG) und dem Verbesserungsgebot (§ 47 Abs. 1 Nr. 3 WHG) für das Grundwasser noch das weitere Bewirtschaftungsziel der Trendumkehr (§ 47 Abs. 1 Nr. 2 WHG) zu prüfen und die in den Maßnahmenprogrammen zur Verhinderung des Schadstoffeintrags festgelegten Maßnahmen zur Verhinderung bzw. Begrenzung des Schadstoffeintrags (sog. „Prevent and limit“-Regel nach § 13 GrwV) umzusetzen. Zusätzlich sind die aus dem nationalen Recht resultierenden besonde-

⁹¹ Vgl. etwa Böhme, in: Berendes/Frenz/Müggenborg (Hrsg.), WHG, 2. Aufl. 2017, § 47 Rn. 16; Dohmen, W+B 2018, 195, 201; Dallhammer/Fritzsch, ZUR 2016, 340, 347.

⁹² EuGH, Urteil vom 01.07.2015 – Rs. C-461.13 – Weservertiefung, EU:C:2015:433; hierzu Dohme, W+B 2018, 195, 201 m. w. N.

⁹³ Henning, NordÖR 2017, 73, 78.

ren Anforderungen im Bereich des Grundwassers, d. h. neben dem allgemeinen Bewirtschaftungsermessen (§ 12 Abs. 2 WHG) insbesondere der Besorgnisgrundsatz (§ 48 WHG), zu beachten.⁹⁴

Zudem gilt, dass der chemische Zustand eines Grundwasserkörpers nach Maßgabe der GrwV zwar insbesondere dann „gut“ ist, wenn die in Anlage 2 enthaltenen oder die nach § 5 Abs. 1 Satz 2 oder Abs. 3 GrwV festgelegten Schwellenwerte für Schadstoffe an keiner Messstelle überschritten werden (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 GrwV), aber nicht nur dann. Vielmehr kommt nach den Vorgaben der EU-Grundwasserschutz-Richtlinie⁹⁵ die Besonderheit hinzu, dass die Überschreitung eines Schwellenwertes gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 2 oder Abs. 3 Nr. 1 bis 3 GrwV unter den dort genannten Voraussetzungen nicht zu einer Herabstufung in den schlechten Zustand führt.⁹⁶

Weitere Spielräume ergeben sich auch hinsichtlich der Kriterien zur Beurteilung des mengenmäßigen Zustands des Grundwassers. So enthält insbesondere § 4 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a) bis d) GrwV eine Reihe unbestimmter Rechtsbegriffe (z. B. „signifikant verschlechtert“, „signifikant geschädigt“, „nachteilig verändert“), die bereits Erheblichkeits- bzw. Relevanzschwellen nahelegen und damit eine sorgfältige Prüfung erforderlich machen, ob eine relevante Verschlechterung i. S. v. § 47 Abs. 1 Nr. 1 WHG vorliegt.

Empfehlung:

Eine Konkretisierung des Begriffes der Verschlechterung gemäß § 47 Abs. 1 Nr. 1 WHG unmittelbar im WHG wird im Hinblick auf die Besonderheiten des Begriffes der Verschlechterung des Grundwassers und die bereits in der GrwV normierten Modifizierungen nicht empfohlen.

3.2.3 Verhältnis von Verschlechterungsverbot und Besorgnisgrundsatz gemäß § 48 WHG

Bei der Zulassung der Einbringung oder Einleitung eines Stoffes in das Grundwasser gemäß § 48 Abs. 1 WHG kommt dem Verschlechterungsverbot insofern eine im Vergleich zu Oberflächenwasserkörpern geringere Bedeutung zu, als dieses hier durch den ebenfalls zu beachtenden Besorgnisgrundsatz ergänzt wird, der seinerseits einen strengen Beurteilungsmaßstab beinhaltet. Hiernach darf durch eine Gewässerbenutzung keine nachteilige

⁹⁴ Vgl. zusammenfassend Dallhammer/Fritzsch, ZUR 2016, 340, 347.

⁹⁵ Richtlinie 2006/118/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 zum Schutz des Grundwassers vor Verschmutzung und Verschlechterung.

⁹⁶ Vgl. hierzu Art. 4 Abs. 2 Buchst. c Ziff. i der RL 2006/118/EG.

Veränderung der Grundwassereigenschaften zu besorgen sein; nachteilige Auswirkungen der in Rede stehenden Maßnahmen müssen also nach menschlicher Erfahrung unwahrscheinlich sein.⁹⁷ Der Begriff der nachteiligen Veränderung der Grundwasserbeschaffenheit ist dabei mit demjenigen der Verschlechterung des mengenmäßigen und chemischen Zustands des Grundwassers anerkanntermaßen nicht gleichzusetzen. Der Besorgnisgrundsatz nach § 48 Abs. 1 Satz 1 WHG ist vielmehr bezogen auf die lokalen Grundwasserverhältnisse zu beurteilen und erfordert damit eine kleinräumigere Prüfung als das Verschlechterungsverbot, das sich auf den Grundwasserkörper in seiner Gesamtheit bezieht.⁹⁸

Das Verhältnis des Besorgnisgrundsatzes des § 48 WHG als rein nationale, nicht unionsrechtlich determinierte Vorschrift zu den durch das WHG umgesetzten Vorschriften der WRRL, insbesondere zum Verschlechterungsverbot, ist nicht abschließend geklärt.⁹⁹ In der Tendenz wird eine gesonderte Prüfung des Verschlechterungsverbots in Fällen des § 48 WHG regelmäßig obsolet sein, da die Anforderungen an die Einhaltung des Besorgnisgrundsatzes nach der spezielleren Vorschrift des § 48 WHG strenger sind als die des § 47 Abs. 1 Nr. 1 WHG und hinsichtlich § 48 WHG keine Ausnahmemöglichkeit besteht.¹⁰⁰ Angesichts des strengen Prüfungsmaßstabs ist bei Einhaltung des Besorgnisgrundsatzes eine Verschlechterung des gesamten Grundwasserkörpers also grundsätzlich ausgeschlossen.¹⁰¹ Allerdings bleibt bei der Beurteilung des Verschlechterungsverbots Vorsicht geboten, sofern bei der kleinräumigen Prüfung am Maßstab des Besorgnisgrundsatzes nicht auch zusätzliche, mit dem konkreten Vorhaben ggf. nicht in Verbindung stehende Belastungen mitberücksichtigt werden, die für den Grundwasserkörper in seiner Gesamtheit von Bedeutung sein können.

Ungeachtet des nicht abschließend geklärten Verhältnisses der beiden Vorgaben erscheint es indes aktuell weder notwendig noch geboten, hierzu eine gesetzgeberische Klärung herbeizuführen. Dies folgt insbesondere daraus, dass die – wie dargestellt regelmäßig

⁹⁷ Grundlegend BVerwG, Urteil vom 26.06.1970 – IV C 99.67 –, juris, Rn. 16; Urteil vom 16.07.1965 – IV C 54.65 –, juris, Rn. 18; Berendes, WHG, 2. Aufl. 2018, § 48 Rn. 8.

⁹⁸ Dallhammer, in: Faßbender/Köck, Aktuelle Entwicklungen bei der Umsetzung der Wasserrahmenrichtlinie, 2017, S. 122; Meyer, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, Stand: Februar 2019, § 48 WHG Rn. 4.
⁹⁹ Vgl. Dallhammer/Fritzsch, ZUR 2016, 340, 349 f.

¹⁰⁰ LAWA, Handlungsempfehlung Verschlechterungsverbot, beschlossen auf der 153. LAWA-Vollversammlung am 16./17.03.2017 unter nachträglicher Berücksichtigung der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 09.02.2017, Az. 7 A 2.15 „Elbvertiefung“, S. 26 f.; Vollzugshinweise des Sächsischen Staatsministeriums für Umwelt und Landwirtschaft zur Auslegung und Anwendung des Verschlechterungsverbots, Gliederungspunkt 6 b) bb), 6.12, S. 23; Dallhammer, in: Faßbender/Köck, Aktuelle Entwicklungen bei der Umsetzung der Wasserrahmenrichtlinie, 2017, S. 122; Böhme, in: Berendes/Frenz/Müggenborg (Hrsg.), WHG, 2. Aufl. 2017, § 47 Rn. 5 und 16.

¹⁰¹ Böhme, in: Berendes/Frenz/Müggenborg (Hrsg.), WHG, 2. Aufl. 2017, § 47 Rn. 16; vgl. auch OVG NRW, Urteil vom 05.12.2018 – 20 A 499.16 –, juris, Rn. 46 und 53.

strengeren – Maßstäbe des nationalen Besorgnisgrundsatzes bereits auf eine umfassende und komplexe Rechtsprechungshistorie zurückblicken und daher für sich genommen weitgehend geklärt sind. Auch hinsichtlich der offenen Fragen zum Verhältnis zum Verschlechterungsverbot kann daher darauf vertraut werden, dass sich die erforderlichen Konkretisierungen in der Rechtsprechung und behördlichen Praxis herausbilden werden.

Empfehlung:

Eine gesetzgeberische Klarstellung des Verhältnisses von Besorgnisgrundsatz (§ 48 Abs. 1 Satz 1 WHG) und Verschlechterungsverbot (§ 47 Abs. 1 Nr. 1 WHG) erscheint angesichts zu erwartender weiterer Konkretisierungen durch Rechtsprechung und behördliche Praxis aktuell weder erforderlich noch geboten.

3.2.4 Ausweitung der Ausnahmeregelungen

In Bezug auf Ausnahmen von den gemäß § 47 Abs. 1 WHG vorgegebenen Bewirtschaftungszielen für das Grundwasser verweist § 47 Abs. 3 WHG weitgehend auf die Bestimmungen für oberirdische Gewässer. So können Ausnahmen von den Bewirtschaftungszielen entsprechend § 31 Abs. 1 (vorübergehende Verschlechterung) sowie Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3 WHG zugelassen werden. Lediglich auf § 31 Abs. 2 Satz 2 WHG wird in § 47 Abs. 3 WHG nicht verwiesen, da die WRRL bei Grundwasserkörpern nicht zwischen gutem und sehr gutem Zustand unterscheidet. Darüber hinaus gilt § 30 WHG entsprechend mit der Maßgabe, dass weniger strenge Bewirtschaftungsziele nach § 30 Satz 1 Nr. 4 WHG im Falle des Grundwassers nicht auch das Erreichen des bestmöglichen ökologischen Potenzials voraussetzen, sondern nur den bestmöglichen mengenmäßigen und chemischen Zustand.

Dabei bildet auch in Bezug auf Verschlechterungen des Grundwassers § 31 Abs. 2 Satz 1 WHG den zentralen Tatbestand, der nach seinem Wortlaut allerdings, wie vorstehend unter 3.1.3.1 dargelegt, nur neue Veränderungen der physischen Gewässereigenschaften oder des Grundwasserstands erfasst. Für stofflich-chemische Veränderungen des Grundwassers, etwa durch das Einleiten von belastetem Wasser in das Grundwasser, könnte mithin streng nach dem Wortlaut keine Ausnahme erteilt werden, so dass für jede Verschlechterung des chemischen Zustands der Weg über § 31 Abs. 2 WHG schlechterdings versperrt wäre.

Beispiel:

In einigen Gebieten Deutschlands bestehen große bergbaubedingte Stoffeinlagerungen, die nur über sehr langfristige Zeiträume abgebaut werden. Die Freisetzung dieser Stoffe im Rahmen der Abwasserbeseitigung oder anderer Vorhaben kann zu Überschreitungen der maßgeblichen Grenzwerte führen. Insbesondere im Hinblick auf die Neufassung auslaufender wasserrechtlicher Erlaubnisse/Bewilligungen führt dies zu erheblichen Unsicherheiten bezüglich der Genehmigungsfähigkeit.

Eine derart enge Auslegung des § 31 Abs. 2 Satz 1 WHG erweist sich gerade mit Blick auf das Grundwasser als unverhältnismäßig. Einiges spricht daher dafür, dass schon die Verweisung nach Maßgabe des § 47 Abs. 3 Satz 1 WHG, wonach § 31 Abs. 2 Satz 1 WHG für Ausnahmen von den Bewirtschaftungszielen nach Absatz 1 „entsprechend“ gelten soll, eine erweiternde bzw. sinngemäße Auslegung des § 31 Abs. 2 Satz 1 WHG nahelegt und erlaubt, sodass auch Verschlechterungen des chemischen Zustands – jedenfalls in analoger Anwendung – unter den Anwendungsbereich des § 31 Abs. 2 WHG subsumiert werden können.¹⁰² Demnach würden die Ausnahmeregelungen sowohl den chemischen wie auch den mengenmäßigen Zustand eines Grundwasserkörpers betreffen. Es würde aber jedenfalls dem Abbau von Rechtsunsicherheiten dienen, wenn – klarstellend – eine entsprechende Erweiterung des Ausnahmetatbestands des § 31 Abs. 2 Satz 1 WHG bzw. eine Präzisierung der Verweisung erfolgt. Eine gesetzgeberische Anpassung ist daher anzustreben. Alternativ hierzu kommt auch die Einführung einer eigenen Ausnahnevorschrift zu den Bewirtschaftungszielen für Grundwasserkörper (z. B. in § 47 Abs. 3 oder in einem neuen § 47a WHG) in Betracht. Diese Lösung erscheint sogar vorzugswürdig, da sie ohne eine entsprechende Anwendung der Vorschriften zur Bewirtschaftung von oberirdischen Gewässern auskäme und daher anwenderfreundlicher wäre.

Empfehlung:

Es sollte geprüft werden, inwieweit das Ausnahmeregime des § 47 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. § 31 Abs. 2 Nr. 1 WHG dahingehend präzisiert bzw. erweitert werden kann, dass – bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen – auch Verschlechterungen des chemischen Zustands aufgrund stofflicher Einträge ausnahmefähig sind. Alternativ hierzu kommt die Einführung einer eigenen Ausnahnevorschrift zu den Bewirtschaftungszielen für Grundwasserkörper (z. B. in § 47 Abs. 3 oder in einem neuen § 47a WHG) in Betracht.

102

Vgl. Dohmen, W+B 2018, 195, 200; Dallhammer/Fritzsche, ZUR 2016, 340, 349 f.; a. A. Böhme, in: Berendes/Frenz/Müggendorf (Hrsg.), WHG, 2. Aufl. 2017, § 4 Rn. 39.

Nicht abschließend geklärt ist zudem die Ausnahmefähigkeit der Einleitung von belastetem Wasser. Problematisch ist insoweit das Verhältnis zu der spezielleren Bestimmung des § 48 WHG, die als allein mitgliedstaatliche Vorschrift bereits vor dem Inkrafttreten der WRRL erlassen wurde. § 48 WHG Abs. 1 WHG regelt das Einbringen und Einleiten von Stoffen in das Grundwasser und formuliert in Satz 1 – ohne Ausnahmemöglichkeit – den regelmäßig strengeren Besorgnisgrundsatz, wonach keine nachteilige Veränderung der Wasserbeschaffenheit zu besorgen sein darf (vgl. hierzu bereits vorstehend unter 3.2.3). Zusätzlich soll ein grundsätzliches Verbot der direkten Einleitung von Schadstoffen auch bereits aus dem in § 47 Abs. 1 Nr. 1 WHG ausgesprochenen Verschlechterungsverbot ohne weiteres folgen.¹⁰³ Auf europäischer Ebene sieht Art. 11 Abs. 3 Buchst. j) WRRL ausdrücklich ein Verbot der direkten Einleitung von Schadstoffen in das Grundwasser vor, eröffnet den Mitgliedstaaten jedoch für speziell aufgelistete Einleitungen die Möglichkeit der Gestattung.¹⁰⁴ Hierauf verweist § 82 Abs. 6 Satz 2 WHG, wonach die zuständige Behörde im Rahmen der §§ 47 und 48 WHG auch die in Art. 11 Abs. 3 Buchst. j) WRRL genannten Einleitungen in das Grundwasser zulassen kann.

Offen ist vor diesem Hintergrund, ob die entwickelten Maßstäbe zum Verschlechterungsverbot bzw. die insofern über § 47 Abs. 3 WHG eröffneten Ausnahmemöglichkeiten insgesamt für Einleitungen in das Grundwasser Geltung beanspruchen können.¹⁰⁵ Teilweise wird insoweit darauf hingewiesen, dass sich selbst die aufgelisteten Einleitungen i. S. d. § 82 Abs. 6 Satz 2 WHG i. V. m. Art. 11 Abs. 3 Buchst. j) WRRL am Besorgnisgrundsatz des gegenüber § 47 WHG spezielleren § 48 Abs. 1 Satz 1 WHG messen lassen müssten, dessen Anforderungen auch durch Ausnahmen nach § 47 Abs. 3 WHG nicht umgangen werden dürfen.¹⁰⁶

Eine Ergänzung des § 48 Abs. 1 WHG um einen Verweis auf § 47 Abs. 3 WHG bzw. unmittelbar auf § 31 Abs. 1, 2 Satz 1 und Abs. 3 WHG, wodurch geregelt würde, dass die

¹⁰³ Kotulla, WHG, 2. Aufl. 2011, § 47 Rn. 6.

¹⁰⁴ Aufgelistet werden Zurückleitung geothermisch genutztes Wasser in den Grundwasserleiter, aus dem es stammt; Einleitung von Wasser mit Stoffen, die bei der Exploration und Förderung von Kohlenwasserstoffen oder bei Bergbauarbeiten anfallen; Wiedereinleitung des aus Bergwerken oder Steinbrüchen abgepumpten Wassers; Einleitung von Erd- oder Flüssiggas zu Speicherungszwecken in bestimmte geologische Formationen und unter bestimmten Bedingungen; Injektion von Kohlendioxidströmen nach Maßgabe der Richtlinie 2009/31/EG; Hoch- und Tiefbauarbeiten mit Grundwasserkontakt sowie Einleitungen geringfügiger Stoffmengen für wissenschaftliche Zwecke oder zum Schutz oder zur Sanierung der Wasserkörper.

¹⁰⁵ Durner, NuR 2019, 1, 6.

¹⁰⁶ Durner, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, Stand: September 2018, § 82 WHG Rn. 65; anders wohl Appel, in: Berendes/Frenz/Müggenborg (Hrsg.), WHG, 2. Aufl. 2017, § 82 Rn. 82.

auf Art. 4 WRRL zurückzuführenden Ausnahmemöglichkeiten für Einleitungen von belastetem Wasser in das Grundwasser auch nach Maßgabe des deutschen Besorgnisgrundsatzes bestehen, dürfte nicht in Betracht zu ziehen sein. Zum einen betrifft § 48 WHG kleinräumige Gewässerveränderungen, sodass das auf den Grundwasserkörper insgesamt zugeschnittene Ausnahmeregime der §§ 28 ff. WHG nicht passt. Zum anderen träte eine solche „Aufweichung“ des § 48 WHG dem auf eine lange deutsche Rechtstradition zurückblickenden und in der Rechtsprechung vielfach konkretisierten Besorgnisgrundsatz grundlegend entgegen. Hinsichtlich der tradierten Anforderungen an Grundwasserschutz und insbesondere Trinkwasserversorgung (vgl. § 50 WHG) wäre die Aufnahme von Ausnahmebestimmungen nicht durchsetzbar.

Empfehlung:

Es sollte davon abgesehen werden, im Rahmen des Besorgnisgrundsatzes gemäß § 48 Abs. 1 WHG auf die Ausnahmenvorschriften zu den Bewirtschaftungszielen gemäß § 47 Abs. 3 WHG zu verweisen.

3.2.5 Verbesserungsgebot – Fristverlängerung

Gemäß § 47 Abs. 2 Satz 1 WHG waren die Bewirtschaftungsziele ebenso wie bei oberirdischen Gewässern grundsätzlich bis zum 22.12.2015 zu erreichen. Hinsichtlich der Möglichkeit von Fristverlängerungen verweist § 47 Abs. 2 Satz 2 WHG auf § 29 Abs. 2 bis 4 WHG. Auf die betreffenden Darlegungen wird daher verwiesen (s. hierzu vorstehend unter 3.1.2.2). Dabei gilt, dass die Erreichbarkeit der gesteckten Ziele bis zum Jahr 2027 auch in Bezug auf das Grundwasser erheblich bezweifelt werden muss.

3.2.6 Trendumkehrgebot

Gemäß § 47 Abs. 1 Nr. 2 WHG ist das Grundwasser so zu bewirtschaften, dass alle signifikanten und anhaltenden Trends ansteigender Schadstoffkonzentrationen auf Grund der Auswirkungen menschlicher Tätigkeiten umgekehrt werden.¹⁰⁷ Diese Regelung zur Trendumkehr ist auf Art. 4 Abs. 1 Buchst. b) Ziff. iii) WRRL zurückzuführen und findet sich nur in den Bewirtschaftungszielen für das Grundwasser, nicht aber für die anderen

¹⁰⁷ Vgl. auch den 26. Erwägungsgrund zur WRRL, wonach in Bezug auf Grundwasser nicht nur die Anforderungen für einen guten Zustand erfüllt, sondern auch alle signifikanten und anhaltenden Trends einer Steigerung der Konzentration von Schadstoffen ermittelt und umgekehrt werden sollten.

Gewässertypen. Darin zeigt sich der besondere Stellenwert, der dem Schutz des Grundwassers zukommt.¹⁰⁸ Gemäß § 10 Abs. 1 GrwV ist der Trend für jeden Grundwasserkörper auf Grundlage von 6-Jahres-Messintervallen nach Maßgabe der Anlage 6 zu ermitteln.¹⁰⁹ Wird ein Trend analysiert, ist der Anstieg der Konzentrationen durch die Gewässerbewirtschaftung umzukehren.

Ob die Rechtsprechung des EuGH, wonach die Bewirtschaftungsziele bei jeder Zulassungsentscheidung zu prüfen sind, auch für dieses Trendumkehrgebot heranzuziehen ist, ist bislang nicht abschließend geklärt und wird auch in der EuGH-Vorlage des BVerwG nicht thematisiert.¹¹⁰ Zur Entlastung der Behörden und Vereinfachung der Zulassungsverfahren könnte insoweit erwogen werden, eine (klarstellende) Regelung im WHG aufzunehmen, nach der das Trendumkehrgebot nicht bei jeder Zulassung eines Vorhabens zwingend behördlich zu prüfen, sondern (nur) im Rahmen der Bewirtschaftungsplanung umzusetzen ist. Zur Begründung wäre darauf abzustellen, dass das Trendumkehrgebot ein besonderes Vorsorgeinstrument darstellt und – anders als Verschlechterungsverbot und Verbesserungsgebot – bereits ansetzt, wenn eine Auswirkung auf den Zustand des Grundwassers im Sinne der GrwV noch nicht gegeben ist.¹¹¹ Insoweit nimmt das Trendumkehrgebot eine Sonderstellung ein und ist zuvörderst als Auftrag an die Bewirtschaftungsbehörden zu verstehen.

Ob der EuGH eine solche nationale Bestimmung bestätigen würde, ist allerdings nicht sicher abzusehen. So ist nicht ausgeschlossen, dass der Gerichtshof der Vorgabe aus Art. 4 Abs. 1 Buchst. b) Ziff. iii) WRRL trotz ihrer schon strukturell primär im Rahmen der Bewirtschaftungsplanung zu verwirklichenden Zielrichtung – vergleichbar dem Verbesserungsgebot – insoweit eine (eingeschränkte) Verbindlichkeit in Zulassungsverfahren zusprechen würde, als ein Vorhaben der Verwirklichung der planerisch konkretisierten Trendumkehrziele vorbehaltlich der Gewährung einer Ausnahme nicht entgegenstehen darf.¹¹² In diesem Falle würde eine Anpassung des nationalen Rechts voraussetzen, dass zunächst auf europäischer Ebene die WRRL entsprechend modifiziert wird. Zur Vermeidung zusätzlicher Rechtsunsicherheiten aufgrund von Zweifeln an der Unionsrechtskonformität erscheint es daher ratsam, von einer entsprechenden nationalen Regelung vorerst

¹⁰⁸ Rossi, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp (Hrsg.), WHG AbwAG, Stand: 52. EL Juni 2018, § 47 WHG Rn. 8.
¹⁰⁹ Näher zu den Messstellen Böhme, in: Berendes/Frenz/Müggenborg (Hrsg.), WHG, 2. Aufl. 2017, § 47 Rn. 27 ff.

¹¹⁰ Vgl. etwa Dohmen, W+B 2018, 105, 201; Henning, NordÖR 2017, 73, 78.

¹¹¹ Dohmen, W+B 2018, 195, 198.

¹¹² In diesem Sinne Dallhammer, in: Faßbender/Köck (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen bei der Umsetzung der Wasserrahmenrichtlinie, 2018, S. 152 f.

abzusehen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass dem Trendumkehrgebot derzeit ohnehin keine große Praxisrelevanz bei der Vorhabenzulassung zukommt.¹¹³

Empfehlung:

Auf eine gesetzgeberische Regelung dergestalt, dass das Trendumkehrgebot nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 WHG zur Entlastung der Behörden und zur Verfahrensvereinfachung nicht bei jeder Zulassungsentscheidung zwingend behördlich zu prüfen ist, sollte (vorerst) verzichtet werden. Zum einen ist nicht gesichert, dass der EuGH die Vereinbarkeit einer solchen nationalen Vorschrift mit den Vorgaben der WRRL bestätigen würde. Zum anderen ist die Relevanz des Trendumkehrgebots in der Praxis ohnehin begrenzt.

3.2.7 Operationalisierung der Geringfügigkeitsschwellen

Die materiellen Gewässerschutzstandards ergeben sich ganz überwiegend aus untergesetzlichen Regelungen. Das WHG enthält hierzu in § 23 eine umfangreiche Verordnungsmächtigung. Die wesentliche Regelung für das Grundwasser bildet insoweit die Verordnung zum Schutz des Grundwassers (GrwV) aus dem Jahre 2010.

§ 5 GrwV gibt Kriterien für die Beurteilung des chemischen Grundwasserzustands vor und verweist in Abs. 1 Satz 1 auf die Anlage 2 zur GrwV, in der für zwölf Stoffe bzw. Stoffgruppen konkrete Schwellenwerte festgeschrieben sind.¹¹⁴ Bei Unterschreitung dieser Schwellenwerte ist der chemische Grundwasserzustand gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 GrwV als gut einzustufen. Geht von einem sonstigen, nicht in der Anlage 2 aufgeführten Schadstoff oder einer Schadstoffgruppe das Risiko aus, dass die Bewirtschaftungsziele nach § 47 WHG nicht erreicht werden, können ggf. weitere für den jeweiligen Grundwasserkörper gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 GrwV behördlich festgelegte Schwellenwerte maßgeblich sein. Im Übrigen sind durch die Ableitung von Geringfügigkeitsschwellen für das Grundwasser der LAWA für eine Vielzahl grundwasserrelevanter Schadstoffe nach den Vorgaben der Grundwasser-RL rechtlich unverbindliche Konzentrationswerte, sog. Geringfügigkeitsschwellen (GFS), abgeleitet worden.¹¹⁵

¹¹³ So auch Dohmen, W+B 2018, 195, 198; Böhme, in: Berendes/Frenz/Müggenborg (Hrsg.), WHG, 2. Aufl. 2017, § 47 Rn. 30.

¹¹⁴ Übernommen von Richtlinie 2006/118/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 zum Schutz des Grundwassers vor Verschmutzung und Verschlechterung, Anhang II Teil B Nr. 1.

¹¹⁵ Vgl. zur Systematik auch Köck, NVwZ 2018, 1831, 1833 f.

In Orientierung an diesem Geringfügigkeitsschwellenwertkonzept sah der Gesetzesentwurf zum neuen WHG 2010 vom 17.03.2009 eine Konkretisierung des Besorgnisgrundsatzes in § 48 WHG vor.¹¹⁶ So sollte gemäß § 48 Abs. 1 Satz 2 WHG-E die Anforderung nach Satz 1 als eingehalten gelten, wenn der Schadstoffgehalt und die Schadstoffmenge vor Eintritt in das Grundwasser die Schwelle der Geringfügigkeit nicht überschreiten. Die Schwellenwerte sowie den Ort, an dem sie einzuhalten sind, sollte die Bundesregierung durch Rechtsverordnung festlegen können. In der Gesetzesbegründung hieß es hierzu, dass dieser Satz 2 künftig mit Gesetzeskraft klarstellen sollte, dass die Besorgnis einer nachteiligen Veränderung der Wasserbeschaffenheit nicht schon bei jeder zwar messtechnisch nachweisbaren, den Wasserhaushalt aber in keiner Weise beeinträchtigenden Erhöhung von Schadstoffgehalten oder Schadstoffmengen vorliege.¹¹⁷ Nachdem insbesondere von Seiten der Wirtschaft vehemente Kritik an einer normativen Festlegung des GFS-Konzepts geäußert wurde, ist die Ergänzung im Gesetzgebungsverfahren zur Novellierung des WHG gescheitert.¹¹⁸ Ebenso ist die GrwV am 16.11.2010 in Kraft getreten, ohne – wie ursprünglich vorgesehen – Konzentrationswerte für 45 grundwasserrelevante Schadstoffe zu konkretisieren.¹¹⁹

Im Nachgang hierzu blieb die Verrechtlichung der Geringfügigkeitsschwellenwerte auch weiterhin politisch umstritten. Nachdem der dritte Arbeitsentwurf des BMU zu einer geplanten Mantelverordnung (Stand: 23.07.2015)¹²⁰ noch eine entsprechende Novellierung der GrwV vorsah, sehen die neueren Verordnungsentwürfe der Mantelverordnung für Ersatzbaustoffe und Bodenschutz (zuletzt von Mai 2017) keine Änderungen der GrwV mehr vor.¹²¹ Daraus könnte sich der Befund ergeben, das BMU habe – vorläufig – Abstand von einer entsprechenden Verrechtlichung genommen.¹²² Eine gesonderte Novellierung der GrwV und Festlegung geeigneter Konzentrationswerte für grundwasserrelevante Schadstoffe wird jedoch auch weiterhin diskutiert.¹²³

¹¹⁶ BT-Drs. 16/12275, S. 6.

¹¹⁷ BT-Drs. 16/12275, S. 65.

¹¹⁸ Vgl. hierzu Czychowski/Reinhardt, WHG, 12. Aufl. 2019, § 48 Rn. 1, 12; Böhme, in: Berendes/Frenz/Müggenborg (Hrsg.), WHG, 2. Aufl. 2017, § 48 Rn. 13 f.; Berendes, in: ders. (Hrsg.), WHG Kurzkommentar, 2. Aufl. 2017, § 48 Rn. 11 f.

¹¹⁹ Vgl. Keppler, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, Stand: 88. EL September 2018, Besonderer Teil, 1.1, Vorb. Rn. 16.

¹²⁰ BMU, Referat WR III 2, Mantelverordnung, 3. Arbeitsentwurf, Stand: 23.07.2015, Art. 1, S. 3 ff.

¹²¹ BT-Drs. 18/12213 vom 03.05.2017.

¹²² So Rossi, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp (Hrsg.), WHG AbwAG, Stand: 52. EL Juni 2018, § 48 WHG Rn. 49.

¹²³ Vgl. Böhme, in: Berendes/Frenz/Müggenborg (Hrsg.), WHG, 2. Aufl. 2017, § 48 Rn. 14.

Sinnvolles Ziel einer solchen Verrechtlichung des Konzentrationswertkonzepts kann sein, bei den Behörden in einer Vielzahl von Fällen auf eine Abwägung zu verzichten und die umfangreichere Prüfung und Bescheidung auf Einzelfälle zu beschränken. Voraussetzung hierfür ist, dass ein Vorhaben bei Stoffkonzentrationen oberhalb des Stoffkonzentrationswertes (wie vorgesehen) nicht zwangsläufig unzulässig wäre. Den Verursachern sollte insofern in einem nach den bisherigen Maßstäben durchzuführenden Verfahren die Möglichkeit verbleiben, zu belegen, dass die Beschaffenheit des Grundwassers durch die Maßnahme trotz Grenzwertüberschreitung nicht beeinträchtigt wird.¹²⁴ Eine solche Operationalisierung des Grundwasserschutzes im Sinne einer Orientierung an GFS-Werten kann die behördlichen Zulassungsverfahren mit Blick auf das Grundwasser vereinfachen und Rechtsunsicherheiten reduzieren, sofern keine utopischen Leitbilder der Grundwasservorsorge zu Grunde gelegt werden.¹²⁵

Zu beachten ist insoweit das rechtskräftige Urteil des Oberverwaltungsgerichts Münster vom 05.12.2018, wonach die von der Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft Wasser (LAWA) im Januar 2017 in der „Ableitung von Geringfügigkeitsschwellenwerten für das Grundwasser“ (Fassung 2016) herausgegebenen Geringfügigkeitsschwellenwerte zwar rechtlich nicht verbindlich seien, wohl aber ein von technischem und rechtlichem Sachverstand getragenes Hilfsmittel zur zahlenmäßigen Beurteilung von Schadstoffbelastungen des Grundwassers und zur Ermittlung von Grenzwerten im konkreten Einzelfall darstellten, deren Heranziehung bei der Vorhabenzulassung sachlich vertretbar und deshalb rechtlich nicht zu beanstanden sei.¹²⁶ In Abkehr von der Vorinstanz bestätigt das Gericht die Zugrundelegung der GFS-Werte, wobei es insbesondere auch die an der Festlegung der Werte geübte Kritik berücksichtigt.¹²⁷ In Anbetracht dieser nordrhein-westfälischen Rechtsprechung könnte auf eine Verrechtlichung der GFS-Werte in der GrwV ggf. verzichtet werden, sofern sich eine solche Rechtsprechung bundesweit verfestigen sollte.

Grundsätzlich gilt jedoch, dass die Verrechtlichung verhältnismäßiger und praxistauglicher Konzentrationswerte eine Chance darstellen kann, im Einzelfall einfach und praktikabel zu sachgerechten Behördenentscheidungen zu gelangen. Hierfür müssten angemess-

¹²⁴ Kepler, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, Stand: 88. EL September 2018, Besonderer Teil, 1.1, Vorb. Rn. 18; Berendes, in: ders. (Hrsg.), WHG Kurzkommentar, 2. Aufl. 2017, § 48 Rn. 12.

¹²⁵ Allgemein zum „Paradigmenwechsel im Grundwasserschutz“ hin zu einer Operationalisierung Ginzky, NVwZ 2005, 291, 291; kritisch zu GFS-Konzept bspw. Salzwedel/Schwetzel, NuR 2009, 13 ff.

¹²⁶ OVG NRW, Urteil vom 05.12.2018 – 20 A 499.16 –, juris, Rn. 94 ff.; s. hierzu EUWID, Wasser und Abwasser 2019, 10 f.

¹²⁷ Franßen, NuR 2016, 597 ff. und 669 ff.

sene Werte festgelegt werden, die entsprechend dem Stand der Wissenschaft stetig angepasst werden. (Nur) unter diesen Voraussetzungen ist eine Festschreibung der GFS-Werte voranzutreiben. Auch die bereits seit langem in Diskussion befindliche Mantelverordnung erscheint dementsprechend zum Zwecke der Vereinheitlichung und Vereinfachung überaus sinnvoll. Die betreffenden gesetzgeberischen Bestrebungen sind zu unterstützen.

Empfehlung:

Die Festschreibung von Geringfügigkeitsschwellenwerten (GFS-Werten) kann dazu beitragen, die behördlichen Zulassungsverfahren auf praktikable und sachgerechte Weise zu vereinfachen. Dies setzt in jedem Fall voraus, dass derartige Werte verhältnismäßig und praxisgerecht gewählt und kontinuierlich an den Stand der Wissenschaft angepasst werden. Auch die bereits seit langem diskutierte Mantelverordnung erscheint als sinnvolles Instrument im Sinne einer Vereinheitlichung und Vereinfachung.

3.3 Verfahren für die Erteilung wasserrechtlicher Gestattungen (§§ 8 ff. WHG)

3.3.1 Voraussetzungen für die Erteilung einer gehobenen Erlaubnis (§ 15 Abs. 1 WHG)

Mit dem WHG 2009 hat der Bundesgesetzgeber erstmals eine Regelung zur gehobenen Erlaubnis in das Bundesrecht eingefügt. Damit wurden die bisherigen Zulassungsformen der (einfachen) Erlaubnis und der Bewilligung durch einen neuen Unterfall der Erlaubnis ergänzt. Die gehobene Erlaubnis zeichnet sich durch eine weitergehende Sicherung der Rechtsposition des Erlaubnisinhabers gegenüber der einfachen Erlaubnis aus. Insbesondere die Rechtsmittelmöglichkeiten Dritter und der Bestandsschutz sind der Bewilligung angeglichen (vgl. § 16 Abs. 1 WHG). Damit hat der Gesetzgeber auf den Umstand reagiert, dass bestimmte Benutzungen, die im öffentlichen Interesse liegen oder deren Durchführung ohne wasserrechtlich abgesicherte Rechtsstellung nicht zugemutet werden kann, weitergehend abgesichert werden müssen. Die Regelung knüpft an frühere (unterschiedliche) Vorschriften in den Landeswassergesetzen an.

In der Praxis stehen die Wasserbehörden zumeist auf dem Standpunkt, dass private Benutzer selbst dann keine Bewilligung für die Gewässerbenutzung erhalten, wenn das Vorhaben, dem die Benutzung dient, im öffentlichen Interesse liegt (z. B. Kraftwerke).¹²⁸

¹²⁸ Vgl. Durner, NuR 2008, 293 (297): Bewilligung gilt aus Sicht der Praxis vielfach als „überlebt“. § 14 Abs. 1 Nr. 1 WHG stellt als Bewilligungsvoraussetzung auf die Zumutbarkeit ohne eine gesicherte Rechtsstellung und nicht auf ein öffentliches Erteilungsinteresse ab – s. Pape, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht,

Umso wichtiger ist es, in solchen Fällen das berechnigte Interesse nach einer möglichst weitreichenden Investitionssicherheit durch die Erteilung einer gehobenen Erlaubnis abzusichern.

§ 15 Abs. 1 WHG regelt nicht im Einzelnen, wann die Wasserbehörde eine gehobene Erlaubnis erteilen muss. Voraussetzung ist vielmehr das Vorliegen eines öffentlichen Interesses oder ein berechtigtes Interesse des Gewässerbenutzers. Beide Begriffe sind in hohem Maße unbestimmt und eröffnen der Wasserbehörde Wertungsspielräume.¹²⁹ Ferner verfügt die Wasserbehörde nach herrschender Auffassung selbst bei Vorliegen einer der beiden Gründe über ein Ermessen, ob sie eine gehobene Erlaubnis erteilt. Dies alles trägt wenig zur Investitionssicherheit eines Unternehmers bei.

§ 15 Abs. 1 WHG sollte daher durch Beispiele ergänzt werden, wann ein berechtigtes Interesse des Gewässerbenutzers vorliegt. Es sollten typische Fälle eines öffentlichen Interesses (z. B. öffentliche Abwasserbeseitigung, öffentliche Energieversorgung, Be- und Entwässerung landwirtschaftlich genutzter Flächen durch eine Körperschaft des öffentlichen Rechts) und eines berechtigten Interesses an der Erteilung einer gehobenen Erlaubnis (z. B. Kühlung bei Kraftwerken, Grundwasserabsenkungen im Bergbau, Niederschlagswasser bei größeren Infrastrukturprojekten) aufgelistet werden. Durch das Instrument von Regelbeispielen wäre sichergestellt, dass die genannten Beispiele nicht abschließend sind, sondern auch bei Vorliegen anderer Sachverhalte ein Vergleich mit den Regelbeispielen die Einschätzung ermöglicht, ob auch für den in Rede stehenden Fall eine gehobene Erlaubnis erteilt werden kann. Gleichzeitig sollte das Ermessen der Wasserbehörde, ob bei Vorliegen der Regelbeispiele oder eines vergleichbaren Falles eine gehobene Erlaubnis erteilt wird, eingeschränkt werden. Liegen die Voraussetzungen für eine gehobene Erlaubnis vor, soll sie erteilt werden. Die Ersetzung des Wortes „kann“ durch „soll“ würde sicherstellen, dass die Wasserbehörde nicht mehr in Ausübung ihres freien Ermessens von der Erteilung der gehobenen Erlaubnis trotz Vorliegen der Erteilungsvoraussetzungen absehen darf. Der bei aktueller Rechtslage hierfür im Einzelfall zu führende Nachweis einer Ermessensreduzierung auf Null scheidet meist an dessen engen Voraussetzungen. Durch

Stand: September 2018, § 14 WHG Rn. 5 ff. Zudem steht auch bei Vorliegen der besonderen Bewilligungsvoraussetzungen die Erteilung im Ermessen der Wasserbehörde, das sich nur im Ausnahmefall auf Null reduziert, s. OVG des Saarlandes, Urteil vom 20.09.1974 – II R 8/74 –, juris, Rn. 37; VG Aachen, Urteil vom 31.05.2017 – 6 K 100/16 –, juris, Rn. 55; VG Freiburg, Urteil vom 27.10.1994 – 9 K 755/94 –, ZfW 1996, 340 (342); Czychowski/Reinhardt, WHG, 12. Aufl. 2019, § 14 Rn. 22.

¹²⁹ Kritisch zum Begriff „berechtigtes Interesse“ auch Czychowski/Reinhardt, WHG, 12. Aufl. 2019, § 15 Rn. 11; Breuer/Gärditz, Öffentliches und privates Wasserrecht, 4. Aufl. 2017, Rn. 332; Knopp, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG, § 15 Rn. 20.

die sprachliche Anpassung würde klargestellt, dass die Wasserbehörde bei Vorliegen der Erteilungsvoraussetzungen die gehobene Erlaubnis im Regelfall erteilen muss und nur in atypischen besonderen Fällen lediglich eine (einfache) Erlaubnis erteilen darf.

Empfehlung:

In § 15 Abs. 1 WHG sollten die Voraussetzungen für die Erteilung einer gehobenen Erlaubnis in Form von Regelbeispielen konkretisiert werden.

Die Norm könnte danach wie folgt gefasst werden:

Regelungsvorschlag:

§ 15 Gehobene Erlaubnis. (1) Die Erlaubnis soll als gehobene Erlaubnis erteilt werden, wenn hierfür ein öffentliches Interesse oder ein berechtigtes Interesse des Gewässerbenutzers besteht. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Benutzung

- 1. der öffentlichen Abwasserbeseitigung dient;*
- 2. einem Vorhaben der öffentlichen Energieversorgung dient;*
- 3. der Be- und Entwässerung landwirtschaftlicher Flächen durch eine Körperschaft des öffentlichen Rechts dient;*
- 4. der Kühlung von Kraftwerken dient;*
- 5. Grundwasserabsenkungen im Bergbau ermöglicht;*
- 6. der Sammlung und Versickerung von Niederschlagswasser bei Infrastrukturprojekten (Flugplätze, Straßen, Schienenwege) dient.*

(2) Eine gehobene Erlaubnis darf für Benutzungen nach § 9 Absatz 2 Nummer 3 und 4 nicht erteilt werden.

3.3.2 Verhältnis wasserrechtlicher Gestattungen zum wasserwirtschaftlichen Anlagenrecht (§ 36 WHG)

Das Verhältnis der wasserrechtlichen Gestattungen gemäß §§ 8 ff. WHG zum wasserwirtschaftlichen Anlagenrecht, das in wesentlichen Teilen die Landeswassergesetze in Ausübung des in § 36 Satz 3 WHG enthaltenen Gesetzgebungsauftrags an die Länder ausgestaltet, ist derzeit uneinheitlich geregelt. Die Landeswassergesetze weisen voneinander abweichende Regelungsinhalte auf. Zumeist (z. B. in Bayern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Saarland und Thüringen) entfällt die Anlagengenehmigung, wenn die Anlage der Benutzung eines Gewässers dient und daher der Gestattung bedarf. In Baden-Württemberg wird für Anlagen i. S. d. § 36 WHG immer nur eine Gestattung nach den §§ 8 ff. WHG erteilt (§ 28 WG). In Hessen konzentriert die Gestattung die Anlagengenehmigung, sofern nicht eine Baugenehmigung notwendig ist (§ 22 Abs. 2 HWG). In Hamburg

und Schleswig-Holstein ist hingegen eine Anlagengenehmigung auch bei gestattungspflichtigen Nutzungen erforderlich (§ 15 Abs. 1 Satz 2 HWaG, § 56 Abs. 1 WasG SH). Zudem ist die Genehmigungswirkung in den Landeswassergesetzen unterschiedlich geregelt. Teilweise wird die erforderliche Baugenehmigung konzentriert, teilweise konzentriert die Baugenehmigung (so etwa in Bayern, Hessen, Niedersachsen und Saarland). Der Anlagengenehmigung kommt teilweise auch Konzentrationswirkung zu (so in Brandenburg).

Die in wesentlichen Punkten (Genehmigungsvoraussetzungen, unterschiedliche Konzentrationswirkungen, abweichendes Verhältnis von Gestattungen und wasserwirtschaftlichen Anlagengenehmigungen) abweichenden landesgesetzlichen Regelungen führen zu wenig Rechtsklarheit, zumal die Erteilungsvoraussetzungen für die wasserrechtlichen Gestattungen und die Anlagengenehmigung teilweise identisch sind. Sowohl § 12 Abs. 1 WHG als auch § 36 Satz 1 WHG stellen auf das Erwarten schädlicher Gewässeränderungen ab. Zur Vereinfachung und Vereinheitlichung sind verschiedene Lösungen denkbar:

- § 36 Abs. 1 Satz 3 WHG könnte ersatzlos gestrichen werden. Dann würden die landesrechtlichen Genehmigungstatbestände entfallen. Für die Anlagen in, an, über und unter oberirdischen Gewässern wäre dann – bei Vorliegen einer Benutzung i. S. d. § 9 WHG – eine Gestattung und ansonsten andere fachrechtliche Genehmigungen (in der Regel eine Baugenehmigung) erforderlich, weil der Anlagenbegriff der Bauordnungen weit gefasst ist. Lücken ergäben sich dann nur bei baugenehmigungsfreien Vorhaben, die ggf. durch die Länder geschlossen werden müssten, wenn aus wasserwirtschaftlicher Sicht auch hier ein präventives Zulassungsverfahren für erforderlich gehalten wird.
- Es könnte ein einheitlicher wasserrechtlicher Zulassungstatbestand in den §§ 8 ff. WHG geschaffen und § 36 Abs. 1 Satz 3 WHG gestrichen werden. Der einfachste Weg wäre eine Erweiterung der Gestattungspflicht in § 8 Abs. 1 WHG um die Anlagen i. S. d. § 36 WHG. Bei baulichen Anlagen würde dann allerdings daneben noch eine Baugenehmigung erforderlich. Will man dies vermeiden, könnte die Erweiterung des § 8 Abs. 1 WHG auf nicht baugenehmigungspflichtige Anlagen beschränkt werden.
- In § 36 WHG könnte eine einheitliche Genehmigungspflicht geregelt werden, so dass die Ländervorschriften gegenstandslos würden. Geregelt werden müsste das Verhältnis zur Gestattung (z. B. Entfallen bei Vorliegen einer Benutzung) und zur

Baugenehmigung (z. B. Entfallen bei Vorliegen einer baugenehmigungspflichtigen baulichen Anlage).

Empfehlung:

Das Verhältnis der wasserrechtlichen Gestattungen zum wasserwirtschaftlichen Anlagenrecht (§ 36 WHG) sollte bundesrechtlich einheitlich geregelt werden.

3.3.3 Befreiung von der landesrechtlichen Entgeltpflicht für Ausbau- und Unterhaltungsmaßnahmen des Bundes in Bundeswasserstraßen

Die Notwendigkeit wasserrechtlicher Gestattungen nach den §§ 8 ff. WHG bei Bundeswasserstraßen regelt im Grundsatz § 7 Abs. 3 WaStrG. Danach bedürfen Maßnahmen der Unterhaltung innerhalb von Bundeswasserstraßen keiner Erlaubnis oder Bewilligung. Gem. § 12 Abs. 6 WaStrG gilt Entsprechendes bei Maßnahmen, die dem Ausbau oder dem Neubau einer Bundeswasserstraße dienen. Mit den Vorschriften wollte der Gesetzgeber zum Ausdruck bringen, dass die Verwaltung der Bundeswasserstraßen als Hoheitsaufgabe des Bundes nicht dem landesbehördlichen Verwaltungsvollzug unterliegt.¹³⁰ Bei den Vorschriften kommt allerdings nur eine formelle, verfahrensgestaltende Funktion zu. Der Bund ist in materiell-rechtlicher Hinsicht nicht von den Vorgaben der §§ 12 ff. WHG befreit. Dies ergibt sich aus der Auslegung des BVerwG zu § 9 Abs. 3 WHG. Nach dieser Vorschrift stellen Maßnahmen, die dem Ausbau eines Gewässers dienen oder die Unterhaltung betreffen, keine Benutzungen dar. Nach Auffassung des Gerichts findet die Vorschrift auf Bundeswasserstraßen keine Anwendung.¹³¹ Ausbau- und Unterhaltungsmaßnahmen an Bundeswasserstraßen stellen daher materiell-rechtlich Gewässerbenutzungen dar, die lediglich von der Gestattungspflicht des § 8 Abs. 1 WHG befreit sind. Das BVerwG hat hieraus weiter geschlossen, dass für das Abpumpen von Grundwasser während des Ausbaus einer Bundeswasserstraße zur Beibehaltung eines konstanten Grundwasserstandes zwar keine Gestattung erforderlich ist, wohl aber ein Wasserentnahmeentgelt nach den jeweiligen Landesgesetzen anfällt, die nicht an das formelle Vorliegen einer Gestattung, sondern einer materiellen Gewässerbenutzung i. S. d. § 9 WHG anknüpft.¹³²

¹³⁰ Friesecke, WaStrG, 6. Aufl. 2009, § 7 Rn. 7, § 12 Rn. 23.

¹³¹ BVerwG, Urteil vom 28.06.2007 – 7 C 3.07 –, NVwZ-RR 2007, 750 Rn. 21 f.

¹³² BVerwG, Urteil vom 28.06.2007 – 7 C 3.07 –, NVwZ-RR 2007, 750 Rn. 12 ff.; zustimmend Berendes, ZUR 2008, 141; ablehnend Friesecke, ZfW 2009, 99 (101 ff.); ders., WaStrG, 6. Aufl. 2009, § 12 Rn. 23.

Mit dieser Auslegung werden Ausbau- und Unterhaltungsmaßnahmen des Bundes in Bundeswasserstraßen, die in der Regel einem öffentlichen Verkehrsinteresse dienen, gegenüber Ausbaumaßnahmen an sonstigen Oberflächengewässern ohne erkennbaren Grund abgabenrechtlich benachteiligt. Dies ergibt sich daraus, dass die Ländergesetze zu den Wasserentnahmeentgelten ausschließlich an einzelne Benutzungen, nicht aber an den Gewässerausbau nach § 67 WHG anknüpfen. Es empfiehlt sich daher, § 9 Abs. 3 WHG zu erweitern und auch Maßnahmen nach den §§ 7 und 12 WaStrG aufzunehmen, um auf diese Weise den Bund von der länderrechtlichen Entgeltspflicht für notwendige Ausbau- und Unterhaltungsmaßnahmen zu befreien. Die §§ 7 Abs. 3 und 12 Abs. 6 WaStrG könnten dann gestrichen werden.

Verfassungsrechtlich wäre eine solche Gleichstellung von Neubau-, Ausbau- und Unterhaltungsmaßnahmen an Bundeswasserstraßen mit sonstigen Gewässerausbau- und -unterhaltungsmaßnahmen unbedenklich. Zwar hat das BVerwG eingehend begründet, warum seine Auffassung, dass die Wasserentnahmeentgelte auch für Maßnahmen an Bundeswasserstraßen gelten, sachlich durch den Sondervorteil, der dem Bund durch die Gewässerbenutzung entstehe, im Hinblick auf den Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG gerechtfertigt sei.¹³³ Dies bedeutet aber nicht, dass die vorgeschlagene Erweiterung des § 9 Abs. 3 WHG einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz darstellen würde. Vielmehr bedarf es nur eines sachlichen Grundes, warum Maßnahmen an Bundeswasserstraßen von der Entgeltspflicht ausgenommen sind. Ein solcher tragfähiger Grund ist in dem öffentlichen Transportinteresse an einem Neu- und Ausbau sowie der Unterhaltung der Bundeswasserstraßen zu sehen.¹³⁴

Empfehlung:

Ausbau- und Unterhaltungsmaßnahmen des Bundes in Bundeswasserstraßen sollten von der länderrechtlichen Entgeltspflicht befreit werden, indem in § 9 Abs. 3 Satz 1 WHG klar gestellt wird, dass solche Maßnahmen keine Gewässerbenutzungen darstellen.

¹³³ BVerwG, Urteil vom 28.06.2007 – 7 C 3.07 –, NVwZ-RR 2007, 750 Rn. 24 ff.

¹³⁴ BGH, Urteil vom 15.11.1982 – III ZR 206/81 –, BGHZ 86, 152, 158 f.; Friesecke, WaStrG, 6. Aufl. 2009, § 7 Rn. 7, § 12 Rn. 23.

§ 9 Abs. 3 Satz 1 WHG könnte demnach wie folgt geändert werden:

Regelungsvorschlag:

§ 9 Benutzungen. [...]

(3) *Keine Benutzungen sind Maßnahmen, die dem Ausbau eines Gewässers im Sinne des § 67 Absatz 2 oder einer Bundeswasserstraße im Sinne des § 1 Absatz 1 WaStrG dienen. Das Gleiche gilt für Maßnahmen der Unterhaltung eines Gewässers einschließlich der Bundeswasserstraßen, soweit hierbei keine chemischen Mittel verwendet werden.*

Ersatzlose Streichung der §§ 7 Abs. 3 und 12 Abs. 6 WaStrG

3.3.4 Erleichterungen für die Verlängerung wasserrechtlicher Gestattungen

Wasserrechtliche Gestattungen werden in der Regel befristet erteilt. Für die Bewilligung ist dies in § 14 Abs. 2 WHG ausdrücklich geregelt (angemessene Frist, in besonderen Fällen mehr als 30 Jahre). In der Praxis gilt dies aber auch für die (einfache und gehobene) Erlaubnis. Mangels einer wasserhaushaltsgesetzlichen Regelung zur Fristverlängerung von wasserrechtlichen Gestattungen – anders etwa die Rechtslage im Saarland (§ 19 SWG) – müssen Gewässerbenutzer stets vor Ablauf der Frist eine neue Gestattung beantragen mit der Folge einer neuen umfassenden Prüfung der materiellen Zulassungsvoraussetzungen (§ 12 WHG). Die Vorschrift des § 31 Abs. 7 VwVfG, nach der behördlich gesetzte Fristen verlängert werden können, findet nach der Rechtsprechung des BGH auf die Befristung wasserrechtlicher Gestattungen keine Anwendung.¹³⁵

Eine (formlose) Verlängerung der Gestattung hätte zunächst den Vorteil, ein langwieriges Gestattungsverfahren inklusive Öffentlichkeitsbeteiligung mit umfangreichen Antragsunterlagen nicht durchführen zu müssen. Allerdings sind hierbei zwingende unionsrechtliche Bindungen zu beachten. Handelt es sich bei der Benutzung – ggf. nach dem Ergebnis einer entsprechenden UVP-Vorprüfung – um ein UVP-pflichtiges Vorhaben, so ist die Verlängerung der Gestattung trotz fehlender Änderung der Benutzung (§ 9 UVPG findet daher keine Anwendung) wie eine Neuerrichtung anzusehen, wenn eine solche UVP bei der erstmaligen Gestattung nicht durchgeführt worden ist. Dann bedarf es der Durchführung eines Gestattungsverfahrens mit einer Öffentlichkeitsbeteiligung (s. § 11 Abs. 1 WHG). Hier können also verfahrensrechtliche Erleichterungen von vornherein nicht eingreifen. Anders ist dies, wenn im früheren Gestattungsverfahren eine UVP für die Benutzung

¹³⁵

BGH, Urteil vom 05.10.1995 – III ZR 61/93 –, NVwZ 1996, 821, 822.

durchgeführt worden ist. Hier ist zu prüfen, ob sich wesentliche Änderungen bei der Ermittlung und Bewertung der erheblichen nachteiligen Umweltauswirkungen ergeben haben. Nur dann ist auch eine neue UVP durchzuführen. Ist die Benutzung Teil eines Vorhabens, das unter die IE-Richtlinie (RL 2008/1/EG) fällt, folgt hieraus keine Pflicht zur Durchführung eines neuen Genehmigungsverfahrens. Art. 12 Abs. 1 und 2 IE-Richtlinie sehen eine Anzeige- und Genehmigungspflicht nur für (wesentliche) Änderungen des Betriebs vor, an denen es bei der bloßen Verlängerung von Gestattungen mit unverändertem Inhalt fehlt.

Gleichzeitig stellt sich die Frage, ob mit einer Verlängerungsklausel – neben Verfahrenserleichterungen – nicht auch eine Beschränkung des materiell-rechtlichen Prüfprogramms der Wasserbehörde einhergeht. So ist in der Rechtsprechung des BVerwG etwa zum Verschlechterungsverbot des § 27 Abs. 2 Nr. 1 WHG inzwischen anerkannt, dass im Falle einer wasserrechtlichen Erlaubnis, deren zeitliche Geltung unmittelbar an eine vorhergehende Erlaubnis anschließt, Bezugspunkt für die Prüfung des Verschlechterungsverbots der tatsächliche Zustand bei Auslaufen der Gestattung ist und es nicht auf einen fiktiven Zustand ankommt.¹³⁶ Für andere Vorschriften des Naturschutzrechts (z. B. die Eingriffsregelung nach §§ 14 ff. BNatSchG) gilt Entsprechendes.¹³⁷ Dies legt es nahe, die Verlängerung auslaufender Gestattungen unter erleichterten Voraussetzungen zuzulassen, so dass die materiell-rechtlichen Zulassungsvoraussetzungen nicht zwingend vollumfänglich wie bei einer Erstzulassung geprüft werden müssen.

Ein Blick auf das Immissionsschutzrecht verdeutlicht die Interessenlage. Gemäß § 18 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG erlischt die immissionsschutzrechtliche Genehmigung, wenn die Anlage während eines Zeitraums von mehr als drei Jahren nicht mehr betrieben worden ist. Durch das Erlöschen der Genehmigung soll zum Schutz der Allgemeinheit und der Nachbarschaft verhindert werden, dass mit der Wiederinbetriebnahme zu einem Zeitpunkt begonnen wird, in dem sich die tatsächlichen Verhältnisse, die der Genehmigung zugrunde lagen, möglicherweise wesentlich verändert haben.¹³⁸ Der Gesetzgeber hat im Falle eines solchen „time lag“ die Durchführung nicht nur eines Änderungsgenehmigungsverfahrens, sondern eines Genehmigungsverfahrens für eine Anlagenneuerrichtung mit umfassender Prüfung der Vereinbarkeit der Anlage mit den geltenden Zulassungs-

¹³⁶ BVerwG, Urteil vom 02.11.2017 – 7 C 25.15 –, NVwZ 2018, 986 Rn. 47 ff.

¹³⁷ VG Darmstadt, Urteil vom 11.03.2004 – 3 E 815/01 –, NVwZ-RR 2005, 235 (237); Schlüter, ZfW 2003, 17 (25).

¹³⁸ BVerwG, Urteil vom 25.08.2005 – 7 C 25.04 –, BVerwGE 124, 156, 159 unter Verweis auf die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 7/179, S. 37 zu § 17.

voraussetzungen für angemessen erachtet. Die Regelung zeigt, dass es in der Freiheit des Gesetzgebers steht, das jeweilige Fachrecht so auszugestalten, dass bestehende Genehmigungen unter bestimmten Voraussetzungen verlängert werden können, ohne dass eine erneute Prüfung sämtlicher Genehmigungsvoraussetzungen notwendig ist.

Knüpft die neue Benutzung daher mit unverändertem Inhalt unmittelbar an das Auslaufen einer befristeten Gestattung an, ist es weder rechtlich geboten noch aus Gründen der Verfahrensökonomie sinnvoll, eine vollumfängliche Prüfung der Zulassungsfähigkeit der fortzusetzenden Benutzung durchzuführen. Eine erneute (Teil-)Prüfung erscheint nur geboten, soweit sich die Sach- oder Rechtslage seit der Erteilung der Gestattung wesentlich geändert hat.

Empfehlung:

Für die Verlängerung wasserrechtlicher Gestattungen sollte eine Vorschrift geschaffen werden, die verfahrens- und materiell-rechtliche Erleichterungen vorsieht. Dabei könnte z. B. in einem neuen § 15a WHG geregelt werden, dass Erlaubnis und Bewilligung auf Antrag und ohne ein erneutes Verfahren um eine angemessene Frist verlängert werden können, sofern sich seit der Erteilung die maßgebliche Sach- und Rechtslage nicht wesentlich geändert haben und die Vorschriften des UVPG nicht entgegenstehen. Hinsichtlich der Sachlage könnte entsprechend der Rechtsprechung des BVerwG vorgesehen werden, dass es auf den tatsächlichen Zustand des Gewässers zum Zeitpunkt des Ablaufs der Erlaubnis oder Bewilligung ankommt.

Die neue Vorschrift könnte wie folgt lauten:

Regelungsvorschlag:

§ 15a Verlängerung der Erlaubnis und Bewilligung

- (1) Erlaubnis oder Bewilligung können auf Antrag ohne erneutes Verfahren um eine angemessene Frist verlängert werden, sofern sich seit der Erteilung die maßgebliche Sach- und Rechtslage nicht wesentlich geändert hat und die Vorschriften des UVP-Gesetzes nicht entgegenstehen.*
- (2) Im Falle wesentlicher Änderungen der Sach- oder Rechtslage richtet sich das Verfahren nach § 11.*
- (3) Für die Sachlage kommt es auf den tatsächlichen Zustand des Gewässers im Zeitpunkt des Ablaufs der Erlaubnis oder Bewilligung an.*
- (4) Der Antrag auf Verlängerung der Frist ist spätestens ein halbes Jahr vor deren Ablauf bei der zuständigen Behörde zu stellen.*

3.3.5 Änderung wasserrechtlicher Gestattungen

Das WHG kennt – anders als andere Zulassungsverfahren des Fachrechts (z. B. das Immissionsschutzrecht mit § 16 BImSchG, das Fachplanungsrecht mit § 74 Abs. 7 VwVfG) – keine eigenen Verfahrensregelungen über die Änderung wasserrechtlicher Gestattungen. Ändert sich die gestattungspflichtige Benutzung während der Gültigkeitsdauer der Gestattung (z. B. Einleitstelle, Benutzungsmenge), bedarf es nach derzeitiger Rechtslage grundsätzlich der Beantragung einer neuen Gestattung, der sich ein neues Gestattungsverfahren nach § 11 WHG und den ergänzenden Vorschriften der Landeswassergesetze anschließt. Dies ist gerade bei unwesentlichen Änderungen umständlich, zeitraubend und führt zu unverhältnismäßigen Kosten. Es sollte daher darüber nachgedacht werden, ob nicht nach dem Vorbild der §§ 15 und 16 BImSchG dem Gestattungsverfahren für wesentliche Änderungen ein Anzeigeverfahren vorgeschaltet wird, das dazu führt, dass unwesentliche Änderungen, d. h. solche, die schädliche Gewässerveränderungen nicht erwarten lassen, keiner neuen Gestattungspflicht unterliegen. Teilweise kennen die Landeswassergesetze bereits solche Anzeigeverfahren (z. B. in Baden-Württemberg für Wasserbenutzungsanlagen in § 18 WG). Bayern hat für bestimmte Benutzungen eine Genehmigungsfiktion der (einfachen) Erlaubnis eingeführt (s. Art. 15 Abs. 3 i. V. m. Art. 70 BayWG), was dem Anzeigeverfahren zumindest ähnelt.

Im Rahmen der Reformbestrebungen zur Einführung eines Umweltgesetzbuchs (Erstes Buch UGB – Allgemeiner Teil UGB I) sah der Referentenentwurf der Bundesregierung vom 04.12.2008 in den §§ 63 und 64 Regelungen zur Änderung und wesentlichen Änderung von Vorhaben vor. Die Vorschriften sollten alle umweltrechtlichen Zulassungen, d. h. auch die wasserrechtlichen Gestattungen umfassen. Sie lehnten sich erkennbar an die bestehenden Vorschriften im Immissionsschutzrecht an (§§ 15 und 16 BImSchG).

Verfassungsrechtlich dürften keine durchgreifenden Bedenken gegen die Einführung einer solchen Anzeige- und Änderungsgenehmigungspflicht bestehen. Das BVerfG hat zwar in seiner Nassauskiesungs-Entscheidung den staatlichen Bewirtschaftungsauftrag für die Gewässer betont und aufgrund der Schutzbedürftigkeit der Gewässer das geltende weitreichende repressive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt als verfassungskonform angesehen.¹³⁹ Das repressive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt würde durch eine bloße Anzeigepflicht unwesentlicher Änderungen aber nur in verfassungsrechtlich unbedenklichem Maße zurückgenommen. Infolge der Anzeige prüft die Wasserbehörde, ob die Änderung

¹³⁹ BVerfG, Beschluss vom 15.07.1981 – 1 BvL 77/78 –, BVerfGE 58, 300, 345 ff.

der Benutzung wesentlich und einem Gestattungsverfahren zu unterziehen ist. Damit ist zugleich ausgeschlossen, dass Gewässerbenutzungen, die Auswirkungen auf den Wasserhaushalt mit sich bringen, ohne behördliche Prüfung durchgeführt werden können.

Empfehlung:

Für die Änderung wasserrechtlicher Gestattungen sollten – z. B. in einem neuen § 9a und § 9b WHG – eigene Vorschriften für ein Anzeigeverfahren bei unwesentlichen und ein Änderungsverfahren bei wesentlichen Änderungen von Gewässerbenutzungen geschaffen werden.

Die neuen Vorschriften könnten wie folgt formuliert werden:

Regelungsvorschlag:

§ 9a Änderung von Benutzungen

- (1) *Soll eine Benutzung abweichend von der Erlaubnis oder Bewilligung sowie angezeigten Änderungen geändert werden, so ist die Änderung, sofern eine Erlaubnis oder Bewilligung nicht beantragt wird, der zuständigen Behörde mindestens einen Monat, bevor mit der Änderung begonnen werden soll, schriftlich anzuzeigen, wenn sich die Änderung auf die in § 1 genannten Schutzgüter auswirken kann. Der Anzeige sind die Unterlagen beizufügen, die für die Prüfung erforderlich sind, ob die Benutzung nach § 9b gestattungsbedürftig ist. Die zuständige Behörde hat dem Gewässerbenutzer den Eingang der Anzeige und der beigefügten Unterlagen unverzüglich schriftlich zu bestätigen. Sie teilt dem Gewässerbenutzer nach Eingang der Anzeige und der beigefügten Unterlagen unverzüglich mit, welche zusätzlichen Unterlagen sie zur Beurteilung der Voraussetzungen des § 9b Abs. 1 benötigt; Satz 3 gilt für diese Unterlagen entsprechend. Eine erneute Mitteilung ist nach Maßgabe von Satz 4 nur zulässig, wenn die zusätzlich angeforderten Unterlagen dies erfordern.*
- (2) *Die zuständige Behörde hat unverzüglich, spätestens innerhalb eines Monats nach Eingang der Anzeige und der nach Absatz 1 erforderlichen Unterlagen zu prüfen, ob die Änderung einer Erlaubnis oder Bewilligung bedarf. Der Gewässerbenutzer darf die Änderung erst vornehmen, sobald die zuständige Behörde ihm mitteilt, dass die Änderung keiner Erlaubnis oder Bewilligung bedarf, oder wenn sie sich innerhalb der in Satz 1 bestimmten Frist nicht geäußert hat. Sie kann die Frist jeweils um bis zu drei Monate verlängern, wenn dies wegen der Schwierigkeit der Prüfung oder aus Gründen, die dem Gewässerbenutzer zuzurechnen sind, erforderlich ist. Die Fristverlängerung ist gegenüber dem Antragsteller zu begründen.*
- (3) *Beabsichtigt der Gewässerbenutzer, die Benutzung eines Gewässers einzustellen, so ist dies unter Angabe des Zeitpunkts der Einstellung der zuständigen Behörde unverzüglich anzuzeigen.*

§ 9b Wesentliche Änderung von Benutzungen

- (1) *Soll eine Benutzung abweichend von der Erlaubnis oder Bewilligung und angezeigten Änderungen geändert werden, bedarf die Änderung einer Erlaubnis oder Bewilligung, wenn durch die Änderung nachteilige Auswirkungen hervorgerufen werden können und diese für die Prüfung nach § 12 erheblich sein können (wesentliche Änderung). Eine Erlaubnis oder Bewilligung ist nicht erforderlich, wenn durch die Änderung hervorgerufene nachteilige Auswirkungen offensichtlich gering sind und die Erfüllung der sich aus § 12 Abs. 1 Nr. 1 ergebenden Anforderungen sichergestellt ist. Eine Erlaubnis oder Bewilligung ist stets erforderlich, wenn für die Änderung eine Umweltverträglichkeitsprüfung nach § 9 UVPG erforderlich ist. § 15a bleibt unberührt.*
- (2) *Für das Verfahren auf Erteilung der Erlaubnis oder Bewilligung gilt § 11.*
- (3) *Ist die Änderung nicht gestattungsbedürftig, bleiben die Genehmigungserfordernisse sonstiger öffentlich-rechtlicher Vorschriften unberührt.*

3.4 Anlagen an Gewässern (§ 36 WHG)

Das Wasserhaushaltsgesetz enthält in § 36 materiell-rechtliche Vorgaben für die Errichtung, den Betrieb, die Unterhaltung und die Stilllegung von Anlagen in, an, über und unter oberirdischen Gewässern. Sie wird ergänzt durch landesgesetzliche Regelungen, in denen insbesondere Genehmigungsvorbehalte für die Errichtung und wesentliche Änderungen von Anlagen normiert sind.¹⁴⁰ Teilweise werden auch die Beseitigung oder die Stilllegung einer Anlage i. S. d. § 36 WHG einem landesrechtlichen Genehmigungserfordernis unterstellt.¹⁴¹ Nach anderen Landesgesetzen werden wiederum die Errichtung, der Betrieb oder die wesentliche Änderung von Anlagen keinem eigenständigen Genehmigungsvorbehalt, sondern unter bestimmten Voraussetzungen dem wasserrechtlichen Erlaubnis- oder Bewilligungsvorbehalt unterstellt.¹⁴² Von einer bundesweiten Einführung einheitlicher Genehmigungstatbestände hat der Bundesgesetzgeber bislang unter Verweis auf die in den Ländern bereits existierenden Regelungen abgesehen.¹⁴³

Mit § 36 WHG soll in erster Linie dem teilweise nicht unerheblichen Gefährdungspotenzial Rechnung getragen werden, das von Anlagen in, an, über und unter oberirdischen

¹⁴⁰ So etwa § 87 Abs. 1 BbgWG, § 56 Abs. 1 Satz 1 WasG SH.

¹⁴¹ Gemäß § 22 Abs. 1 LWG NRW und § 26 Abs. 1 Satz 1 SächsWG ist auch die Beseitigung genehmigungsbedürftig; nach Art. 20 Abs. 1 Satz 1 BayWG ist vor der Stilllegung einer Anlage eine Genehmigung einzuholen.

¹⁴² Vgl. § 28 Abs. 1 WG BW.

¹⁴³ BT-Drs. 16/13306, S. 8.

Gewässern ausgeht. Die bundesrechtliche Regelung beschränkt sich auf die Festlegung von grundlegenden anlagebezogenen Anforderungen und eine Konkretisierung des Anlagenbegriffes. Die in der Genehmigungspraxis auftretenden Schwierigkeiten beziehen sich daher vor allem auf die landesrechtlichen Regelungen. Gleichwohl kommen auch bundeseinheitliche Regelungen dem Grunde nach in Betracht. Die anlagebezogenen Regelungen des Wasserhaushaltsrechts unterliegen zudem nicht der alternierenden Gesetzgebungskompetenz gemäß Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 GG.¹⁴⁴ Es wird daher aus Gründen der Rechtsklarheit und zum Abbau etwaiger Standortnachteile innerhalb des Bundesgebietes empfohlen, das Verhältnis der wasserrechtlichen Gestattungen zum wasserwirtschaftlichen Anlagenrecht bundesrechtlich einheitlich zu regeln (vgl. vorstehend unter 3.3.2). Unabhängig davon sollten zumindest die nachstehenden Änderungsvorschläge in Betracht gezogen werden:

3.4.1 Formelle und materielle Zulassungsvoraussetzungen nach Landesrecht

3.4.1.1 Konkretisierung des Allgemeinwohlbelangs

Die Landeswassergesetze unterstellen die Errichtung, den Betrieb, die wesentliche Änderung und teilweise die Stilllegung oder die Beseitigung von Anlagen in, an, über oder unter oberirdischen Gewässern einem wasserrechtlichen Genehmigungsvorbehalt (vgl. hierzu vorstehend unter 3.4). Die Landeswassergesetze sehen dabei überwiegend einen gebundenen Genehmigungsanspruch vor.¹⁴⁵ Einziger Versagungsgrund ist neben der Unterschreitung des materiell-rechtlichen Schutzstandards des § 36 Abs. 1 Satz 1 WHG regelmäßig, dass die Genehmigungserteilung dem Wohl der Allgemeinheit entgegensteht bzw. das Wohl der Allgemeinheit beeinträchtigt (vgl. Art. 20 Abs. 4 Satz 2 BayWG, § 87 Abs. 3 Satz 1 BbgWG, § 26 Abs. 4 SächsWG). Die Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals führt in der Praxis nicht selten zu Rechtsstreitigkeiten. Insbesondere stellt sich in vielen Fällen die Frage, ob neben originär wasserwirtschaftlichen Belangen auch andere ökologische, soziale, planerische oder ökonomische Interessen nicht-wirtschaftlicher Art unter die Gemeinwohlklausel zu subsumieren sind.¹⁴⁶ So wird teilweise vertreten, dass

¹⁴⁴ Vgl. hierzu Breuer/Gärditz, Öffentliches und privates Wasserrecht, 4. Aufl. 2017, Rn. 14 f.; Kotulla, NVwZ 2007, 489, 492; ders., NVwZ 2010, 79.

¹⁴⁵ Teilweise werden aber auch behördliche Ermessensspielräume normiert, vgl. hierzu etwa § 26 Abs. 4 Satz 2 SächsWG und § 28 Abs. 2 Satz 2 WG BW für die Fälle, in denen keine Zustimmung des Eigentümers des Gewässers oder des Ufergrundstücks vorliegt.

¹⁴⁶ Vgl. hierzu ausführlich Breuer/Gärditz, Öffentliches und privates Wasserrecht, 4. Aufl. 2017, Rn. 594 ff.

auch städtebauliche Belange der Erteilung einer wasserrechtlichen Anlagengenehmigung entgegenstehen können. Der Begriff des Wohls der Allgemeinheit erfasse die Belange des Bauplanungsrechts jedenfalls in den Fällen, in denen die Landesbauordnung auf das wasserrechtlich genehmigungsbedürftige Vorhaben (etwa eine Steganlage) keine Anwendung findet.¹⁴⁷

Zutreffend dürfte es hingegen sein, das Tatbestandsmerkmal entsprechend dem gewässerhaushaltsrechtlichen Bezug und der zum Allgemeinwohlbelang entwickelten Rechtsprechung eng auszulegen.¹⁴⁸ Die Genehmigung dürfte daher nur dann versagt werden können, wenn die beantragte Anlagenerrichtung bzw. der Anlagenbetrieb schädliche Gewässeränderungen hervorrufen oder die Gewässerunterhaltung erschweren würde (vgl. Art. 20 Abs. 4 Satz 2 BayWG). Diese Präzisierung des Allgemeinwohlbelangs sollte so in allen Landeswassergesetzen vorgenommen werden, in denen ein entsprechendes Regelungsregime normiert ist. Dabei sollte entsprechend der Rechtsprechung des BVerwG zum Allgemeinwohlbelang i. S. d. § 68 Abs. 3 Nr. 1 WHG berücksichtigt werden, dass mit anlagebezogenen Vorhaben verbundene lokale Beeinträchtigungen (wie z. B. die Erhöhung lokaler Stau-, Grund- oder Druckwassergefahren) keine Beeinträchtigung des Allgemeinwohls begründen, wenn die vorhabenbedingten Auswirkungen insgesamt zu einer Verbesserung im Hinblick auf den Schutzstandard des § 36 Abs. 1 WHG beitragen.¹⁴⁹

Empfehlung:

Das Tatbestandsmerkmal „Vereinbarkeit mit dem Wohl der Allgemeinheit“ in den landesrechtlichen Regelungen zum wasserrechtlichen Genehmigungserfordernis für Anlagen in, an, über und unter oberirdischen Gewässern sollte dahingehend konkretisiert werden, dass es sich allein auf wasserhaushaltliche Belange bezieht. Zudem sollte in den Landeswassergesetzen klargestellt werden, dass lediglich lokale negative Beeinträchtigungen der Genehmigung nicht entgegenstehen, wenn die Auswirkungen der Anlage auf den in § 36 WHG genannten Schutzstandard insgesamt positiv oder neutral sind.

3.4.1.2 Einschränkung des Erfordernisses eines gemeindlichen Einvernehmens

Die Errichtung von bestimmten Anlagenarten, die regelmäßig in, an, über oder unter oberirdischen Gewässern errichtet und betrieben werden, ist teilweise nach Maßgabe der Landesbauordnungen bauordnungsrechtlich genehmigungs- oder verfahrensfrei gestellt (z. B.

¹⁴⁷ VG Karlsruhe, Urteil vom 19.01.2012 – 6 K 2687.10 –, juris, Rn. 31.

¹⁴⁸ BVerwG, Urteil vom 10.02.1978 – IV C 25.75 –, BVerwGE 55, 220, 229.

¹⁴⁹ BVerwG, Urteil vom 22.10.2015 – 7 C 15.13 –, NVwZ 2016, 312 ff.; Czychowski/Reinhardt, WHG, 12. Aufl. 2019, § 68 Rn. 25.

die Errichtung oder wesentliche Änderung von Steganlagen). Überdies besteht etwa bei Bundeswasserstraßen Unklarheit darüber, ob die Errichtung von Anlagen in, an, über oder unter diesen Gewässern schon dem Vorhabenbegriff der bauplanungsrechtlichen Vorschriften (§§ 29 ff. BauGB) nicht unterfällt.¹⁵⁰ Verfahrensrechtlicher Hintergrund entsprechender Rechtsstreitigkeiten ist in der Praxis vielfach, dass die wasserrechtliche Genehmigung von der ortsansässigen Gemeinde als Trägerin der Planungshoheit abgelehnt wird und sich der Antragsteller hiergegen zur Wehr setzt. Entsprechende Klarstellungen sind daher zweckmäßig. In Betracht kommt dabei sowohl eine deklaratorische verfahrensrechtliche Regelung in den Landeswassergesetzen¹⁵¹ und/oder eine entsprechende Ergänzung von § 29 BauGB. Hinsichtlich der Landeswassergesetze sollte das Erfordernis des gemeindlichen Einvernehmens auf solche Fälle beschränkt sein, in denen die wasserrechtliche Anlagengenehmigung die Baugenehmigung oder eine andere baurechtliche Entscheidung konzentriert. Denn bei Anlagen, die der Landesgesetzgeber wegen ihrer regelmäßig nur geringfügigen Auswirkungen abstrakt von bauordnungsrechtlichen Genehmigungsverfahren freigestellt hat, bedarf es eines gemeindlichen Einvernehmens jedenfalls aus bauplanungsrechtlichen Gründen nicht.

Empfehlung:

Es bedarf einer klarstellenden Regelung dazu, dass wasserrechtliche Genehmigungen für Anlagen in, an, über oder unter oberirdischen Gewässern nur dann im Einvernehmen mit dem jeweiligen Träger der Planungshoheit ergehen müssen, wenn die wasserrechtliche Genehmigung die Baugenehmigung oder eine andere baurechtliche Entscheidung konzentriert.

3.4.2 Bundesrechtliche Genehmigungsfreistellung für Anlagen der Gewässerunterhaltung

Einige Landeswassergesetze nehmen Anlagen, die der Unterhaltung eines Gewässers dienen, grundsätzlich vom Genehmigungserfordernis aus (vgl. etwa Art. 20 Abs. 1 Satz 1

¹⁵⁰ Vgl. VGH Mannheim, Urteil vom 07.07.1995 – 5 S 3071/94 –, UPR 1996, 258 ff.; Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch, 13. Aufl. 2016, § 29 Rn. 14 zu Anlagen innerhalb der Wasserflächen einer Bundeswasserstraße.

¹⁵¹ Davon zu unterscheiden sind landesrechtliche Regelungen, die Anlagen an Bundeswasserstraßen grundsätzlich dem Genehmigungsvorbehalt entziehen, wie etwa § 22 Abs. 2 Nr. 4 Alt. 1 LWG NRW.

BayWG, § 22 Abs. 2 Nr. 1 LWG NRW, § 57 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 NWG oder – eingeschränkt – § 56 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WasG SH)¹⁵², wobei auf landesrechtlicher Ebene teilweise unterschiedliche Abgrenzungen zu Gewässerunterhaltungen erfolgt sind¹⁵³ bzw. eine uneinheitliche Rechtsprechung entstanden ist.¹⁵⁴ Die meisten Gerichte vertreten dabei eine funktionale Abgrenzung. Anlagen in und an einem fließenden Gewässer sind danach solche, die in besonderer Gestaltung an das Gewässer herangetragen werden und mit denen von ihrer Funktion her keine wasserwirtschaftlichen Ziele verfolgt werden.¹⁵⁵ Bei Anlagen, die sowohl wasserwirtschaftlichen Zwecken als auch den Interessen des Anlageeigentümers dienen (wie z. B. häufig bei Ufermauern), kommt eine Inanspruchnahme des Eigentümers zur Sanierung nicht in Betracht. Eine Heranziehung des Eigentümers sei nur dann sachgerecht, wenn feststehe, dass die Anlage ausschließlich zu privatnützigen Zwecken in besonderer Weise ausgeführt worden ist.¹⁵⁶ Jedoch unterfallen beispielsweise in Sachsen Ufermauern unabhängig von ihren Funktionen für die Gewässerunterhaltung dem landesrechtlichen Genehmigungsvorbehalt (§ 28 Abs. 1 i. V. m. § 26 Abs. 1 Satz 1 SächsWG).

Es sollte daher erwogen werden, einen bundeseinheitlichen Begriff der Gewässerunterhaltung festzuschreiben und Anlagen, die ganz oder teilweise der Gewässerunterhaltung dienen, von einer präventiven behördlichen Kontrolle durch ein Genehmigungserfordernis auszunehmen (wie dies etwa bereits gemäß § 22 Abs. 2 Nr. 1 LWG NRW oder § 28 Abs. 1 Satz 1 WG BW gilt).¹⁵⁷ Hierdurch lassen sich anlagebezogene Wettbewerbsnachteile zwischen den Bundesländern reduzieren. Dies gilt einerseits für die Belastungen eines präventiven Verbotes mit Genehmigungsvorbehalt, vor allem aber für die Kostentragung etwa bei Sanierungserfordernissen. Nach der gegenwärtigen Rechtslage trägt in einigen Bundesländern der Nutzungsberechtigte (vgl. § 87 Abs. 4 Satz 2 BbgWG) oder der Eigentümer der Anlage (§ 27 Abs. 1 Satz 1 SächsWG) die Unterhaltungslast, während die Pflicht zur Gewässerunterhaltung nach dem einschlägigen Landesrecht in aller Regel bei

¹⁵² Faßbender, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, Stand: September 2018, § 36 WHG Rn. 20.

¹⁵³ Czychowski/Reinhardt, WHG, 12. Aufl. 2019, § 36 Rn. 19.

¹⁵⁴ OVG Münster, Urteil vom 22.08.1991 – 20 A 1272.90 –, ZfW 1992, 387 ff.; VG Aachen, Urteil vom 12.11.2012 – 7 K 1689.10 –, juris, zu einer Ufermauer; VG Neustadt an der Weinstraße, Urteil vom 23.05.2014 – 4 K 952.13 –, juris, zu einer Ufermauer in einer eng bebauten Tallage.

¹⁵⁵ OVG Münster, Urteil vom 22.08.1991 – 20 A 1272.90 –, ZfW 1992, 387 ff. zu einem Durchlaufbauwerk.

¹⁵⁶ VG Neustadt an der Weinstraße, Urteil vom 23.05.2014 – 4 K 952.13 –, juris; VG Aachen, Urteil vom 12.11.2012 – 7 K 1689.10 –, juris.

¹⁵⁷ Teilweise wird bereits davon ausgegangen, dass Anlagen, die Teile des Bettes oder der Ufer eines Gewässers und dazu bestimmt sind, der besseren Unterhaltung des Gewässers zu dienen und den Wasserabfluss zu sichern, schon keine Anlagen in, an, über oder unter einem Gewässer seien, s. Hess. VGH, Urteil vom 26.02.1997 – 7 UE 2907.94 –, ZfW 1998, 326; Czychowski/Reinhardt, WHG, 12. Aufl. 2019, § 36 Rn. 7.

den Gebietskörperschaften oder den Wasser- und Zweckverbänden liegt (vgl. § 40 Abs. 1 WHG).¹⁵⁸ Dies kann in der Praxis für Wettbewerber zu unterschiedlichen nachhaltigen Belastungen je nach Bundesland führen. Der Wegfall der präventiven behördlichen Kontrolle kann bei Anlagen, die (auch) der Gewässerunterhaltung dienen, über gewässeraufsichtliche Anordnungen (§ 100 Abs. 1 Satz 2 WHG) und die Regelung zur Kostenlast der Träger der Unterhaltungslast (§ 40 Abs. 4 WHG) kompensiert werden.

Empfehlung:

Das WHG sollte zur Reduzierung von Wettbewerbsnachteilen zwischen den Bundesländern einen bundeseinheitlichen Begriff für Anlagen der Gewässerunterhaltung vorsehen und diese Anlagen von etwaigen landesrechtlichen Genehmigungserfordernissen ausnehmen.

3.4.3 Anwendung von § 36 WHG auch bei nicht genehmigungsbedürftigen Anlagen und in Planfeststellungsverfahren für den Gewässerausbau

Der materiell-rechtliche Schutzstandard gemäß § 36 Abs. 1 WHG gilt auch dann, wenn das jeweilige Landesrecht bestimmte Anlagen oder Anlagenarten von dem wasserrechtlichen Genehmigungserfordernis ausnimmt. Die Länder sind mithin trotz der Regelung in § 36 Abs. 1 Satz 2 WHG daran gehindert, unabhängig von verfahrensrechtlichen Regelungen, einen niedrigeren materiellen Schutzstandard für die Errichtung, den Betrieb, die Unterhaltung oder die Stilllegung von Anlagen in, an, über oder unter oberirdischen Gewässern festzulegen.¹⁵⁹ Dies sollte aus Gründen der Rechtssicherheit in Ergänzung zu § 36 Abs. 1 Satz 2 WHG klargestellt werden.

Der materiell-rechtliche Schutzstandard des § 36 Abs. 1 Satz 1 WHG gilt zudem auch dann, wenn die wasserhaushaltsrechtlichen Regelungen zum Gewässerausbau (§§ 67 ff. WHG) einschlägig sind und die landesrechtliche Genehmigung aufgrund der Konzentrationswirkung des Planfeststellungsbeschlusses schon von diesem umfasst ist.¹⁶⁰ Letzteres hat zugleich zur Folge, dass die materiell-rechtlichen Anforderungen des § 36 Abs. 1 WHG im Rahmen des Planfeststellungsverfahrens berücksichtigt und in die planerische Abwägung eingestellt werden müssen.

¹⁵⁸ Czychowski/Reinhardt, WHG, 12. Aufl. 2019, § 40 Rn. 7 ff.; Faßbender, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, Stand: September 2018, § 36 WHG Rn. 22.

¹⁵⁹ Faßbender, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, Stand: September 2018, § 36 WHG Rn. 10.

¹⁶⁰ Teilweise fehlt es an der Konzentrationswirkung des Planfeststellungsbeschlusses jedoch, weil das Landesrecht bei planfeststellungsbedürftigen Gewässerausbaumaßnahmen vom Genehmigungserfordernis freistellt, vgl. etwa § 22 Abs. 2 Nr. 2 LWG NRW.

Daneben stellt sich auch die Frage, ob es sich bei den in § 36 Abs. 1 Satz 1 WHG genannten materiell-rechtlichen Vorgaben um Belange handelt, die in der planerischen Abwägung regelmäßig überwunden werden können, oder ob es sich um sog. Optimierungsgebote handelt, von denen nur ganz ausnahmsweise zugunsten besonders gewichtiger öffentlicher und privater Belange abgewichen werden darf. Der Wortlaut der Regelung in § 68 Abs. 3 Nr. 2 WHG spricht hier zwar für das Vorliegen einer verbindlichen Planungsschranke. Dies ist jedoch mit Blick auf die beiden Gebote des § 36 Abs. 1 WHG differenziert zu betrachten:

So steht ein anlagebezogenes Erschweren der Gewässerunterhaltung der Planfeststellung schon nach dem Wortlaut des § 36 Abs. 1 Satz 1 WHG nicht per se entgegen. § 36 Abs. 1 Satz 1 WHG verlangt vielmehr nur, dass die Gewässerunterhaltung nicht mehr erschwert wird, als es den Umständen nach unvermeidbar ist. Es handelt sich mithin nicht um in der Planfeststellung strikt verbindliches Recht. Soweit § 36 Abs. 1 Satz 1 WHG verlangt, dass die Errichtung oder der Betrieb der Anlage keine schädlichen Gewässerveränderungen erwarten lassen dürfen, folgt aus der Legaldefinition des § 3 Nr. 10 WHG, dass es sich hierbei um Veränderungen der Gewässereigenschaften handelt, die das Wohl der Allgemeinheit beeinträchtigen. Sie stehen der Planfeststellung daher gemäß § 68 Abs. 3 Nr. 1 WHG entgegen. Können sie nicht durch Nebenbestimmungen beseitigt oder abgemildert werden, ist die Planfeststellung regelmäßig nicht zulässig. Da sich diese Differenzierung bereits aus den Vorschriften des WHG ableiten lässt, wird eine darüber hinausgehende Klarstellung nicht für erforderlich gehalten.

Empfehlung:

In Ergänzung zu § 36 Abs. 1 Satz 2 WHG sollte klargestellt werden, dass der materiell-rechtliche Schutzstandard des § 36 Abs. 1 Satz 1 WHG auch für solche Anlagen in, an, über oder unter oberirdischen Gewässern gilt, die nach den landesrechtlichen Vorschriften keiner wasserrechtlichen Genehmigung bedürfen.

3.4.4 Vorschläge zur Planungsbeschleunigung

Die in einigen Landeswassergesetzen vorgeschriebene Befristung der Genehmigung von Anlagen in, an, über oder unter oberirdischen Gewässern (vgl. § 22 Abs. 3 Satz 1 LWG NRW) soll die Zulassung dauerhafter schädlicher Gewässerveränderungen bzw. die dauerhafte Erschwernis der Gewässerunterhaltung verhindern bzw. eindämmen. Dies kann jedoch besser durch die Normierung entsprechender Widerrufsgünde (vgl. § 87 Abs. 4

Satz 1 BbgWG n. F.¹⁶¹) oder durch eine Vorschrift zu nachträglichen Anordnungen vergleichbar § 17 BImSchG gewährleistet werden, da die Behörde hier bei Feststellung negativer Auswirkungen einer genehmigten Anlage sofort reagieren kann und nicht erst das Auslaufen der Befristung abwarten muss. Daneben gelten ohnehin die gewässeraufsichtlichen Befugnisse zur Anpassung von wasserrechtlichen Zulassungen (vgl. § 100 Abs. 2 WHG). Durch die Streichung der obligatorischen Befristung können daher unnötige Verwaltungsverfahren verhindert werden (Deregulierung).¹⁶² Überdies bleibt eine Befristung der Genehmigung nach den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Vorgaben möglich¹⁶³, wenn sie nicht ohnehin in den Landeswassergesetzen fakultativ vorgesehen ist (vgl. etwa § 56 Abs. 3 Satz 2 Alt. 3 WasG SH).

Empfehlung:

Die in einigen Landeswassergesetzen vorgeschriebene zwingende Befristung der Genehmigung sollte gestrichen werden. Stattdessen könnten entsprechende Widerrufsvorbehalte oder eine gesetzliche Regelung zu nachträglichen Anordnungen die Wahrung der Anforderungen des § 36 Abs. 1 WHG hinreichend gewährleisten.

3.5 Abwasserbeseitigung

3.5.1 Regelungssystem (§§ 54 ff. WHG, AbwV)

Die Abwasserbeseitigung ist eine öffentliche, zur öffentlichen Daseinsvorsorge gehörende Aufgabe.¹⁶⁴ Sie unterliegt, soweit gereinigtes Abwasser in ein Gewässer eingeleitet wird, den Bewirtschaftungsanforderungen des Wasserrechts und hat insoweit auch unmittelbaren Bezug zur maritimen Wirtschaft und Lebenswelt.

§ 54 Abs. 1 WHG definiert den Begriff des Abwassers, vorrangig inspiriert von dem Gewässerschutzgedanken des WHG. Das Abwasser nach WHG ist deshalb weder mit dem allgemeinen Sprachgebrauch noch dem als Auslöser von Zahlungspflichten dienenden Abwasserbegriff des § 3 Abs. 1 Abwasserabgabengesetz (AbwAG) oder den bisherigen

¹⁶¹ Vgl. hierzu VG Frankfurt (Oder), Urteil vom 15.02.2019 – 5 K 1737.17 –, juris, Rn. 18.

¹⁶² LT-Drs. 6/4520, S. 44 zu den Motiven des brandenburgischen Landesgesetzgebers bei der Novellierung von § 87 Abs. 4 BbgWG.

¹⁶³ LT-Drs. 6/4520, S. 44 zu der brandenburgischen Gesetzesänderung.

¹⁶⁴ Auch wenn nicht – wie für die Wasserversorgung in § 50 Abs. 1 WHG – ausdrücklich verankert, Zöllner, in: Siedler/Zeidler/Dahme/Knopp, WHG, Stand: Juni 2016, § 55 Rn. 12, 22; Reinhardt, LKV 2018, 289, 292.

bzw. jetzt teilweise ergänzenden organisationsrechtlichen Definitionen der Landesgesetzgeber völlig identisch.¹⁶⁵ Es umfasst Schmutzwasser (§ 54 Abs. 1 Nr. 1 WHG), Niederschlagswasser (§ 54 Abs. 1 Nr. 2 WHG) und mit dem sog. Deponiesickerwasser sogar Flüssigkeiten aus Abfallanlagen, ohne dass es dafür des Nachweises bedarf, ob in der Anlage überhaupt Wasser eingesetzt wurde bzw. in den zu beseitigenden Abfällen enthalten war.¹⁶⁶

Das Beseitigen des Abwassers umfasst gem. § 54 Abs. 2 WHG diverse technische Teilaspekte. Es beginnt regelmäßig mit dem Anfall des Abwassers und reicht bis zu dem Punkt, an dem das Abwasser seine Abwassereigenschaft verliert. Das tritt nicht nur dann ein, wenn das Abwasser in ein Gewässer eingeleitet wird, sondern z. B. auch bei Verbrennung des Klärschlammes, Eindampfen der Deponiesickerabwässer nach Aufkonzentration und Überlassung der verbleibenden Rückstände an ein anderes juristisches Regime nach dem Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG), der Klärschlammverordnung (AbfKlärV¹⁶⁷) o. a.¹⁶⁸

Die sich um das Abwasser und seine Beseitigung rankenden Bestimmungen der §§ 54 bis 61 WHG sind als bundesrechtliche Vollregelung ausgebaut,¹⁶⁹ die weithin stoffbezogen und mithin abweichungsfest sind. Nur hinsichtlich der Person des Abwasserbeseitigungspflichtigen verweist der Bundesgesetzgeber aus alter Tradition auf das Landesrecht und hat den Ländern damit ihre ganz unterschiedlich wahrgenommene konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für den Wasserhaushalt (Art. 72 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 74 Abs. 1 Nr. 32 GG, Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 GG) belassen. Das ermöglicht den Ländern, sowohl die hierfür verantwortlichen Personen des öffentlichen Rechts zu bestimmen als auch Möglichkeiten vorzusehen, die Abwasserbeseitigungspflicht auf andere, z. B. Private, zu verlagern (vgl. § 56 Satz 1 und 2 WHG). Die nach den landesrechtlichen Regelungen primär zur Abwasserbeseitigung verpflichteten Gemeinden können sich zu Zweckverbänden zusammenschließen oder die Aufgabe auch ihrerseits z. B. nach den Regelungen über die kommunale Zusammenarbeit auf andere Organisationsformen oder ein Kommunalunternehmen zur Erfüllung übertragen (§ 56 Satz 3 WHG). Aufgabenübertragung und -erfüllung werden staatlich überwacht.

¹⁶⁵ Nisipeanu, in: Berendes, WHG, 2. Aufl. 2017, § 54 Rn. 7 f.

¹⁶⁶ Ebd., Rn. 23.

¹⁶⁷ Verordnung über die Verwertung von Klärschlamm, Klärschlammgemisch und Klärschlammkompost, zuletzt geändert durch Art. 6 der Verordnung vom 27.09.2017, BGBl. I 2017, 3465.

¹⁶⁸ Nisipeanu, in: Berendes, WHG, 2. Aufl. 2017, § 54 Rn. 29.

¹⁶⁹ BT-Drs. 16/1227, S. 41.

Die rechtlichen Anforderungen an die Durchführung der Abwasserbeseitigung, die damit verbundenen Pflichten, die Errichtung, die wesentliche Änderung und den Betrieb von Abwasseranlagen u. a. ergeben sich neben dem WHG und den Landeswassergesetzen auch aus anderen bundes- und landesrechtlichen Vorschriften, fachlichen Leitlinien, insbesondere technischen Regelwerken und ergänzend auch aus untergesetzlichen Bestimmungen der öffentlich-rechtlichen Abwasserbeseitigungsverpflichteten (Satzungsrecht), die spezifische Anforderungen an die Abwasserbeseitigung regeln. Daneben existiert insbesondere mit dem AbwAG aber auch ein gesetzliches Anreizsystem, das aus wirtschaftlicher Perspektive zu ressourcenschonendem Verhalten anregt und überobligatorisches Engagement belohnt.

Als Teilbereich der Bewirtschaftung der Wasserressourcen ist die Abwasserbeseitigung europarechtlich determiniert.¹⁷⁰ Der in Art. 10 WRRL festgelegte kombinierte Ansatz enthält wesentliche emissionsbegrenzende Vorgaben für die Abwasserbeseitigung. Für die Siedlungswasserwirtschaft und Industrieabwasserbewirtschaftung relevant sind darüber hinaus vor allem die Kommunalabwasserrichtlinie¹⁷¹, die Industrieemissionsrichtlinie¹⁷², die EG-Düngemittelverordnung¹⁷³, die EU-Nitratrichtlinie¹⁷⁴, die EU-Pflanzenschutzmittelverordnung¹⁷⁵ und die Umwelthaftungsrichtlinie¹⁷⁶.

Gemäß dem Vorsorgeansatz des § 57 Abs. 1 WHG darf ergänzend zu den Bewirtschaftungsanforderungen und den allgemeinen Anforderungen, welche an die Erteilung von Benutzungserlaubnissen zu stellen sind, eine Erlaubnis für das Einleiten von Abwasser nur erteilt werden, wenn Menge und Schädlichkeit des Abwassers so gering gehalten wird, wie dies bei Einhaltung der jeweils in Betracht kommenden Verfahren nach dem Stand der Technik möglich ist (Nr. 1), die Vereinbarkeit der Einleitung mit den Anforderungen

¹⁷⁰ Vgl. dazu den Überblick bei Köck, ZUR 2015, 3, 4 ff.

¹⁷¹ Richtlinie des Rates vom 21.05.1991 über die Behandlung von kommunalem Abwasser (91/271/EWG), ABl. L135 vom 30.05.1991, S. 40 ff.

¹⁷² Richtlinie 2010/75/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.11.2010 über Industrieemissionen, integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung, ABl. L 334 vom 17.12.2010, S. 17 ff.

¹⁷³ Verordnung (EG) Nr. 2003/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.10.2003 über Düngemittel, zuletzt geändert durch Art. 1 ÄndVO (EU) 2016/1618 vom 08.09.2016, ABl. Nr. L 242 S. 24.

¹⁷⁴ Richtlinie des Rates vom 12.12.1991 zum Schutz der Gewässer vor Verunreinigung durch Nitrat aus landwirtschaftlichen Quellen (91/676/EWG), zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 1137/2008 des EP und des Rates vom 22.10.2008, ABl. Nr. L 311 S. 1, 15.

¹⁷⁵ Verordnung (EG) Nr. 1107/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.10.2009 über das Inverkehrbringen von Pflanzenschutzmitteln und zur Aufhebung der Richtlinien 79/117/EWG und 91/414/EWG des Rates, ABl. L 309 vom 24.11.2009, S. 1, zuletzt geändert durch Art. 1 ÄndVO (EU) 2018/605 vom 19.04.2018, ABl. Nr. L 101 S. 33, ber. ABl. Nr. L 111 S. 10.

¹⁷⁶ Richtlinie 2004/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.04.2004 über Umwelthaftung zur Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden, ABl. L 143 vom 30.04.2004, S. 56.

an die Gewässereigenschaften und sonstigen rechtlichen Anforderungen sichergestellt ist (Nr. 2) und dementsprechend Abwasseranlagen errichtet sowie betrieben werden, die die Einhaltung der vorgenannten Anforderungen sicherstellen (Nr. 3). Gestützt auf die Ermächtigung gemäß §§ 57 Abs. 2, 23 Abs. 1 Nr. 3 WHG hat die Bundesregierung Anforderungen an das Einleiten von Abwasser, die dem Stand der Technik entsprechen, in der Abwasserverordnung (AbwV)¹⁷⁷ festgelegt. Damit sind auf nationaler Ebene den Stand der Technik konkretisierende allgemeine Anforderungen sowie Analyse- und Messverfahren bestimmt.¹⁷⁸ Darüber hinaus werden in 57 Anhängen branchenspezifisch Grenzwerte festgelegt, die entweder am Ort des Abwasseranfalls, vor seiner Vermischung oder bei Einleitung des Abwassers in die Vorflut eingehalten werden müssen und an die das WHG selbst u. a. mit § 58 Abs. 1 und der Notwendigkeit einer Indirektgenehmigung wieder direkt anknüpft.

Seit 31.08.2018 gehört gem. § 3 Abs. 2a AbwV auch das Gebot der energieeffizienten Betriebsweise von Abwasseranlagen zu den Anforderungen gemäß dem Stand der Technik, um die vielfach noch ungenutzten Energiepotenziale der Abwasserbehandlung technisch sinnvoll und wirtschaftlich vertretbar zu nutzen.

Die dadurch vorgegebene Programmatik macht deutlich, dass die Abwasserbeseitigung ein Bereich ist, der als Daseinsvorsorge auch in Zukunft nicht wegzudenken ist. Er steht vor der Aufgabe, die Entsorgungsqualität trotz des ihn unmittelbar berührenden demographischen Wandels¹⁷⁹ und zunehmender Extremwetterlagen¹⁸⁰ in Anpassung an den technischen Fortschritt stabil zu halten bzw. zu verbessern. Zugleich ist die Abwasserbeseitigung ein Bereich, in dem, wenn die Organisation der Aufgabenträger hinreichend flexibel gestaltet und die Finanzierung des Systems breiter aufgestellt werden würde, hohes Potenzial steckt, um das Umweltressourcenmanagement auch im Interesse des ökologischen Schutzkonzepts der WRRL zu optimieren.

¹⁷⁷ Verordnung über Anforderungen an das Einleiten von Abwasser in Gewässer in der Fassung der Bekanntmachung vom 17.06.2004 (BGBl. I S. 1108, 2625), zuletzt geändert durch Artikel 1 der Verordnung vom 22.08.2018 (BGBl. I S. 1327) (AbwV).

¹⁷⁸ Zur thematischen Unvollständigkeit der AbwV und dem insoweit noch bestehenden Raum für weitergehende Konkretisierungen auf Landesebene durch Landesrechtsverordnung oder Landesgesetz Nisipeanu, ZfW 2018, 192, 210 f.

¹⁷⁹ Dazu Reinhardt, LKV 2018, 289ff.

¹⁸⁰ Köck, ZUR 2015, 3, 15.

3.5.2 Bewertung und Optimierungsvorschläge

3.5.2.1 Elimination von Mikroverunreinigungen – flächendeckende Einführung der vierten Reinigungsstufe

Für eine Reihe von prioritären Stoffen nach Artikel 16 der WRRL (z. B. Schwermetalle wie Nickel, Blei, Quecksilber und Cadmium, außerdem Diuron, Isoproturon¹⁸¹, Nonylphenol, PAK und DEHP), die ein erhebliches Risiko für die aquatische Umwelt bzw. durch die aquatische Umwelt ein Risiko für den Menschen¹⁸² darstellen und für die Umweltqualitätsnormen festgelegt sind, ist das kommunale Abwasser ein signifikanter Eintragungspfad. Es ist zudem Haupteintragungspfad für eine Reihe europarechtlich (noch) nicht geregelter weiterer anthropogener Spurenstoffe wie Arzneimittel¹⁸³, Körperpflegemittel, Hormone usw. Als problematisch in diesem Zusammenhang werden außerdem die Anreicherungen des Abwassers mit Mikroplastik genannt.¹⁸⁴ Betroffen ist einerseits das Schmutzwasser, in das diese Stoffe u. a. durch menschliche Aktivitäten und Ausscheidungen gelangen. Betroffen ist aber auch das Niederschlagswasser.¹⁸⁵ Neben den kommunalen und den Industriekläranlagen als sog. punktförmigen Quellen gibt es zahlreiche weitere diffuse Eintragungsquellen für anthropogene Spurenstoffe.¹⁸⁶

Obwohl die Erkenntnisse über die Auswirkungen der anthropogenen Spurenstoffe auf die aquatische Umwelt noch gering und ihre Relevanz sowie Wirkschwelle bezogen auf alle relevanten Spurenstoffe noch nicht abschließend erforscht sind, ist es in Orientierung am Verursacher- und Vorsorgeprinzip ein bereits seit mehreren Jahren von verschiedenen Seiten formuliertes Ziel, den Eintrag solcher Stoffe in die aquatische Umwelt zu vermeiden bzw. jedenfalls signifikant zu reduzieren¹⁸⁷. Um dieses Ziel zu erreichen, wird – neben der

¹⁸¹ Vgl. Durchführungsverordnung (EU) 2016/872 der Kommission vom 01.06. 2016 zur Nichterneuerung der Genehmigung für den Wirkstoff Isoproturon gemäß der Verordnung (EG) Nr. 1107/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates über das Inverkehrbringen von Pflanzenschutzmitteln und zur Änderung der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 540/2011 der Kommission, Abl. EU L 145/7 vom 02.06.2016.

¹⁸² Kern, NVwZ 2014, 256.

¹⁸³ Arzneimittel befinden sich derzeit nur auf der sog. Beobachtungsliste für Stoffe, die ein erhebliches Risiko für oder durch die aquatische Umwelt aufweisen und für die keine Überwachungsdaten vorliegen. Insoweit gelten für diese Stoffe vorerst keine Einleitbeschränkungen. Die Substanzen werden überwacht (max. 4 Jahre) und ggf. dann auf die sog. Risikoliste übernommen. Vgl. dazu auch Mitteilung der Kommission zum Strategischen Ansatz der EU für Arzneimittel in der Umwelt vom 11.03.2019, COM/2019/128 final.

¹⁸⁴ Zu den in diesem Zusammenhang verwendeten Begrifflichkeiten „Mikroschadstoffe“, „Spurenstoffe“ oder auch „Mikroverunreinigungen“ im aquatischen (Nutzungs-)Zyklus, ausführlich Kümmerer/Olsson, KA Korrespondenz Abwasser, Abfall 2018, 686, 687f.

¹⁸⁵ Dazu jüngst EUWID 25/2019, 1f.

¹⁸⁶ Vgl. z. B. Wasserverbandstag e.V., Positionspapier Siedlungswasserwirtschaft 2019, S. 47, Abb. 1.

¹⁸⁷ Vgl. z. B. sog. Spurenstoffstrategie des Bundes, dazu Ergebnispapier des Stakeholder-Dialogs „Spurenstoffstrategie des Bundes“, Ergebnisse der Phase 2, März 2019.

quell- und anwendungsorientierten Eindämmung der persistenten Spurenstoffe¹⁸⁸ – vielfach die Einführung einer vierten Reinigungsstufe im Rahmen der Abwasserbehandlung in Kläranlagen für unabdingbar gehalten. Sie steht unter Bezugnahme auf den Forschungs- und Entwicklungsstand in puncto spurenstoffbezogene Risikobewertung sowie als „end-of-pipe“-Lösung zugleich in der Kritik.¹⁸⁹

Forschungsarbeiten des Umweltbundesamtes (UBA) haben belegt, dass sich ein breites Spektrum an anthropogenen Mikroverunreinigungen mit Hilfe einer „geeigneten weitgehenden“ vierten Reinigungsstufe aus dem Abwasser entfernen lassen.¹⁹⁰ Pilotprojekte dazu laufen bereits in einigen Bundesländern.¹⁹¹ Dabei haben sich aus der Vielzahl möglicher Technologien insbesondere die Oxidation mit Ozon und die Adsorption an Aktivkohle (Pulveraktivkohle oder granuliert Aktivkohle) bzw. eine Kombination beider Verfahren einschließlich der verfahrensabhängig erforderlichen Nachbehandlungsstufe als im größeren technischen Rahmen realisierbar erwiesen.¹⁹²

Zum Wirkungsgrad der vierten Reinigungsstufe gibt es unterschiedliche Aussagen. Laut UBA kann die stoffspezifische und technologieabhängige Eliminationsrate der Mikroverunreinigungen bei entsprechend ausgerüsteten Kläranlagen bei bis zu 80 % liegen.¹⁹³ Hervorzuheben sind zudem weitere Synergieeffekte wie die durch die vierte Reinigungsstufe mögliche weitere Verringerung des Gehalts an organischen Substanzen, die Reduzierung

¹⁸⁸ Vgl. zur Vielfalt des Maßnahmenkatalogs z. B. in Bezug auf Arzneimittel die weithin begrüßte EU-Arzneimittelstrategie, Mitteilung der Kommission zum Strategischen Ansatz der EU für Arzneimittel in der Umwelt vom 11.03.2019, COM/2019/128 final; dazu auch EUWID 12/2019, 5.

¹⁸⁹ Vgl. z. B. EUWID 12/2019, 5; ebenso Wasserverbandstag e.V., Positionspapier Siedlungswasserwirtschaft 2019, S. 47, 50 f.

¹⁹⁰ UBA, Empfehlungen zur Reduzierung von Mikroverunreinigungen in den Gewässern, Stand: Dezember 2017, S. 43.

¹⁹¹ Z. B. Emschergenossenschaft/Lippeverband, dazu Wasserverbandstag e.V., Positionspapier Siedlungswasserwirtschaft 2019, S. 49; Kläranlage Weißenburg, vgl. Rödel/Günthert/Christ/Miller/Schatz/Zech/Bleisteiner/Eßlinger/Sengl/Rehbein/Steinle, KA Korrespondenz Abwasser, Abfall 2019, 200ff.

¹⁹² UBA, Empfehlungen zur Reduzierung von Mikroverunreinigungen in den Gewässern, Stand: Dezember 2017, S. 43. Andernorts genannt wird auch die Membrantechnik, vgl. Wasserverbandstag e.V., Positionspapier Siedlungswasserwirtschaft 2019, S. 49 unter Bezugnahme auf das Pilotprojekt Emschergenossenschaft/Lippeverband. Vgl. auch Vorhaben zur Erarbeitung der Merkblätter DWA-M 285-1 bis 3 „Spurenstoffelimination auf kommunalen Kläranlagen“, KA Korrespondenz Abwasser, Abfall 2019, 307f.

¹⁹³ Nach Wasserverbandstag e.V., Positionspapier Siedlungswasserwirtschaft 2019, S. 49 hat das Pilotprojekt Emschergenossenschaft/Lippeverband bereits für herkömmliche Kläranlagen eine Eliminationsquote für 79 einzeln nachverfolgte Spurenstoffe von 65 % bis über 80 % ergeben. Bei Einsatz der neuen zur sog. vierten Reinigungsstufe gehörenden Technologien stieg die Eliminationsrate lediglich auf 75 bis zu 90 %. Als problematisch erweist sich insoweit, dass jeder Spurenstoff eine andere Behandlung benötigt. Auf der Kläranlage Weißenburg konnte bei stabilem Anlagenbetrieb eine Eliminationsrate für zwölf Indikatorsubstanzen von bis zu 95 % erzielt werden, Rödel/Günthert/Christ/Miller/Schatz/Zech/Bleisteiner/Eßlinger/Sengl/Rehbein/Steinle, KA Korrespondenz Abwasser, Abfall 2019, 200ff., 290ff.

des Phosphorgehalts sowie die Optimierung der hygienischen Ablaufqualität des Abwassers.¹⁹⁴ Als problematisch erweist sich jedoch, dass jeder Spurenstoff eine andere Behandlung benötigt.¹⁹⁵ Die Feldversuche haben gezeigt, dass kein einheitliches Verfahren bzw. keine Verfahrenskombination für alle derzeit gemessenen Spurenstoffe gleichermaßen geeignet ist.¹⁹⁶

Dennoch geht das UBA davon aus, dass mit einer signifikanten Reduzierung der Gesamtfracht der in die Oberflächengewässer und Meere eingetragenen Verunreinigungen im Mikrobereich zu rechnen ist, würde man die vierte Reinigungsstufe bei allen in Deutschland in Betrieb befindlichen Kläranlagen der Größenklasse V einsetzen. Somit könnte etwa 50 % des in Deutschland anfallenden Abwassers entsprechend behandelt werden.¹⁹⁷

Konkrete Vorgaben zur Einführung einer vierten Reinigungsstufe in Kläranlagen gibt es bislang noch nicht. Mit der Verordnung zum Schutz von Oberflächengewässern 2011 hat der Bundesgesetzgeber die Umweltqualitätsnormen im Bereich der Wasserbewirtschaftung erstmals umgesetzt und Schwellenwerte für zunächst 33 prioritäre Stoffe festgelegt. Mit der Richtlinie 2013/39/EU von August 2013 wurde die Liste auf 45 prioritäre Stoffe erweitert. Auf nationaler Ebene erfolgte die Umsetzung in der Oberflächengewässerverordnung 2016. In Anlage 6 der Verordnung sind nunmehr für 67 Schadstoffe rechtsverbindliche Umweltqualitätsnormen festgelegt. Für den Bereich kommunaler Abwässer gibt es im Anhang 1 „Häusliches und kommunales Abwasser“ auch in der 2018 geänderten AbwV keine rechtlich verbindlichen Anforderungen in Bezug auf Mikroschadstoffe.

Das UBA setzt zur Umsetzung der von ihm favorisierten zeitnahen Einführung der vierten Reinigungsstufe auf den Bundesgesetzgeber. Es fordert eine Änderung von Anhang 1 der AbwV und die Festlegung von konkreten Anforderungen für Mikroverunreinigungen. Ergänzend verweist das UBA auf eine Änderung des AbwAG sowie die Einführung „anderer

¹⁹⁴ Ergebnispapier des Stakeholder-Dialogs „Spurenstoffstrategie des Bundes“, Ergebnisse der Phase 2, März 2019, S. 52; UBA, Empfehlungen zur Reduzierung von Mikroverunreinigungen in den Gewässern, Stand: Dezember 2017, S. 43. Andere dagegen verweisen vor allem auf neue Negativeffekte durch das Auftreten von Transformationsprodukten, deren toxikologische Bewertung unter den jeweiligen Gegebenheiten der Abwasserbeseitigung noch nicht hinreichend erforscht sei, Wasserverbandstag e.V., Positionspapier Siedlungswasserwirtschaft 2019, S. 49 f.

¹⁹⁵ Zu den Herausforderungen der erweiterten Abwasserreinigung, Kümmerer/Olsson, KA Korrespondenz Abwasser, Abfall 2018, 686, 689f.

¹⁹⁶ Wasserverbandstag e.V., Positionspapier Siedlungswasserwirtschaft 2019, S. 49.

¹⁹⁷ UBA, Empfehlungen zur Reduzierung von Mikroverunreinigungen in den Gewässern, Stand: Dezember 2017, S. 43.

Instrumente zur möglichen Finanzierung der vierten Reinigungsstufe¹⁹⁸. Die Abwasserabgabe könnte nach den Vorstellungen des UBA als Anreizsystem ausgestaltet werden (Lenkungsfunktion) z. B. „durch eine pauschalierte Abwasserabgabe auf die Einleitung von Mikroverunreinigungen mit Befreiungs-/Reduzierungsmöglichkeit bei Erreichung bestimmter Wirkungsgrade und Verrechnungsmöglichkeiten von Investitionskosten“¹⁹⁹.

Dahingegen sieht der Stakeholder-Dialog allein die Länder in der Pflicht. Seine Strategie zielt auf die landesgesetzliche Umsetzung durch Erweiterung des Prüfungs- und Entscheidungsspielraums der Wasserbehörden. Für die weitere Konkretisierung und Umsetzung auf Länderebene werden keine Vorgaben gemacht. Auch der Stakeholder-Dialog empfiehlt, „Anreizsysteme für Kläranlagenbetreiber im Zusammenhang mit der Finanzierungslösung“²⁰⁰ zu erarbeiten. Kurzfristig sieht er zunächst lediglich vor, einen durch den Bund zu strukturierenden Informationsaustausch zwischen allen Akteuren (Bundesländer, Abwasserbeseitigungspflichtige, Fachvereinigungen wie die Deutsche Vereinigung für Wasserwirtschaft, Abwasser und Abfall e. V. (DWA), Kompetenzzentren, Hochschulen u. a.) zu Fragen des technischen Managements der kommunalen Abwasserinfrastruktur zu etablieren.²⁰¹

In die Betrachtung einzubeziehen sind auch die Kosten für die Einführung und den Betrieb²⁰² einer solchen weitergehenden Abwasserreinigung. Bei der bundesweiten Einführung der vierten Reinigungsstufe für Kläranlagen der Größenklasse V wird über einen Betrachtungszeitraum von 25 Jahren mit ca. 10,4 bis 10,9 Mrd. Euro Investitions- und Betriebskosten gerechnet, das sind geschätzte Kosten von 415 bis 435 Mio. Euro pro Jahr.²⁰³ Dass die Erweiterungskosten pro Kläranlage in Abhängigkeit von Größe der Anlage und gewählter Verfahrenstechnologie variieren,²⁰⁴ versteht sich dabei von selbst. Der

¹⁹⁸ Ebd., S. 43 f.

¹⁹⁹ Ebd., S. 52.

²⁰⁰ Ergebnispapier des Stakeholder-Dialogs „Spurenstoffstrategie des Bundes“, Ergebnisse der Phase 2, März 2019, S. 55.

²⁰¹ Ergebnispapier des Stakeholder-Dialogs „Spurenstoffstrategie des Bundes“, Ergebnisse der Phase 2, März 2019, S. 56 f.

²⁰² Der Betrieb der vierten Reinigungsstufe bewirkt eine durchschnittliche Erhöhung des Energieverbrauchs der Kläranlage für die weitergehende Abwasserbehandlung von 5 bis 30 %, je nach Anlagengröße, Verfahren und Abwasserqualität kann der Bedarf auch höher liegen, UBA, Empfehlungen zur Reduzierung von Mikroverunreinigungen in den Gewässern, Stand: Dezember 2017, S. 43; ähnlich Wasserverbandstag e.V., Positionspapier Siedlungswasserwirtschaft 2019, S. 50.

²⁰³ UBA, Empfehlungen zur Reduzierung von Mikroverunreinigungen in den Gewässern, Stand: Dezember 2017, S. 51 unter Verweis auf weitere Publikationen. Fazit des Pilotprojekts Emschergenossenschaft/Lippeverband ist eine 20 %-ige Kostensteigerung der Abwasserreinigung, Wasserverbandstag e.V., Positionspapier Siedlungswasserwirtschaft 2019, S. 50.

²⁰⁴ Ergebnispapier des Stakeholder-Dialogs „Spurenstoffstrategie des Bundes“, Ergebnisse der Phase 2, März 2019, S. 55.

Stakeholder-Dialog prognostiziert für Kläranlagen mit einer Kapazität > 20.000 EGW durchschnittliche Kosten einer Vollstrombehandlung von ca. 5 bis 25 Euro/Einwohner/Jahr bzw. 0,05 bis 0,15 Euro/m³ Abwasser. Bezogen auf die Schmutzwassergebühre käme das einer Steigerung um ca. 0,10 bis 0,30 Euro/m³ gleich.²⁰⁵

Im Hinblick auf die Investitions- und Betriebskosten für diese vierte Reinigungsstufe bedarf es deshalb eines politischen Diskurses, ob an dem bestehenden System der Finanzierung kommunaler Abwasserbeseitigung, das an die unmittelbaren Nutzer der Anlage anknüpft, festgehalten werden soll oder ob z. B. auch mittelbare „Nutznießer“ der vierten Reinigungsstufe, wie die Produzenten solcher Stoffe, die – über eine Vielzahl von Eintragungspfaden – als Mikroverunreinigungen im Abwasser landen, an den Kosten beteiligt werden sollen (z. B. ähnlich wie ortsansässige Unternehmen durch die Fremdenverkehrsabgabe herangezogen werden). Diese Grundsatzentscheidung wäre konkreten Vorschlägen zur Änderung der kommunalabgabenrechtlichen Regelungen, der Abwasserabgabe, evtl. auch der Einrichtung eines Fonds, in den u. a. Pharmaunternehmen, Hersteller von Wasch- und Reinigungsmitteln, Hersteller von Kosmetika und Körperpflegeprodukten sowie Agrochemie-Unternehmen und industrielle Landwirte im Sinne des Verursachungsprinzips einzahlen²⁰⁶ u. a. vorgeschaltet.

Unter der Prämisse, dass parallel zu einer Entscheidung für die vierte Reinigungsstufe überlegt wird, ob und wie das Finanzierungssystem zu überarbeiten ist, scheint aus rechtspolitischen und -dogmatischen Gründen dennoch der vom UBA verfolgte Weg langfristig der richtige zu sein. Als ein Baustein neben der quell- und anwendungsorientierten Eindämmung der Verunreinigung des Abwassers durch anthropogene Spurenstoffe, Medikamente²⁰⁷ und Mikroplastik sind Mikroverunreinigungen auch bei der Beseitigung von Abwasser in Anpassung an den im WHG vergleichbar dem BImSchG definierten Stand der Technik zu eliminieren.²⁰⁸ Vor diesem Hintergrund kann zukünftig auf die weitergehende Abwasserbehandlung nicht verzichtet werden. Der Stand der Technik gebietet, dass die Verfahren, Entscheidungen und Betriebsweisen im Hinblick auf den Umweltschutz technisch geeignet und generell auch wirtschaftlich vertretbar sind. Sie müssen zudem fort-

²⁰⁵ Ergebnispapier des Stakeholder-Dialogs „Spurenstoffstrategie des Bundes“, Ergebnisse der Phase 2, März 2019, S. 55.

²⁰⁶ Vgl. dazu auch Antrag div. Abgeordneter, Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Drs. 19/8649, S. 3, 5.

²⁰⁷ Die Abwasserbehandlung „an der Quelle“ wird z. B. für das iodierter Röntgenkontrastmittel im Patientenurin diskutiert und erprobt, dazu KA Korrespondenz Abwasser, Abfall, 2019, 367ff.

²⁰⁸ So trotz aller Schwierigkeiten bei der Spurenstoffbeseitigung mittels 4. Reinigungsstufe im Ergebnis auch Kümmerer/Olsson, KA Korrespondenz Abwasser, Abfall 2018, 686, 691, 692.

schrittlich sein, was Anforderungen zugrunde legt, die die „Front der technischen Entwicklung“²⁰⁹ markieren.²¹⁰ Neben technologischen Fortschritten sind dafür auch wissenschaftliche Erkenntnisse zu berücksichtigen (vgl. Anlage 1 Nr. 5 zu § 3 Nr. 11 WHG). Nach dem – den Stand der Technik kennzeichnenden generalisierenden – Maßstab erscheint es unausweichlich, die flächendeckende Einführung der vierten Reinigungsstufe für Kläranlagen im „Bedarfsfall“, d. h. gekoppelt an das Vorliegen bestimmter Voraussetzungen, vorzuschreiben, da andernfalls die Schädlichkeit des Abwassers nicht so gering gehalten werden kann, wie dies unter Berücksichtigung des Standes der Technik grundsätzlich möglich erscheint und nach § 57 Abs. 1 Nr. 1 WHG geboten ist.

Das setzt voraus, dass der „Bedarfsfall“ unter Bezugnahme auf vorhandene Ergebnisse aus Wissenschaft und Forschung hinreichend präzisiert wird. Hierzu gibt es verschiedene Ansätze. Ihnen gemein ist, dass es zunächst der Festlegung von entsprechenden Anforderungen an das Abwasser in Bezug auf Mikroverunreinigungen bedarf.²¹¹ In Betracht kommt insoweit eine Ergänzung der AbwV mit entsprechender Festlegung von Grenzwerten für Mikroverunreinigungen.²¹² Die Einführung solcher weiterer Grenzwerte in Ergänzung der Mindestanforderungen sollte zeitlich gestuft und in Abhängigkeit von der Größe der Kläranlage und ggf. auch vom Maß der Verunreinigung im Ablauf²¹³ erfolgen.

Eine bloße Änderung des AbwAG unter Verzicht auf ordnungsrechtliche Regelungen, die alternativ diskutiert wird, erscheint nicht gleich geeignet. Zwar ist die Abwasserabgabe als Lenkungsinstrument ein bewährtes Institut, um auf freiwilligem, weil wirtschaftlicherem Weg zur besseren Schadstoffeliminierung im Abwasser und insoweit auch zum Bau einer vierten Reinigungsstufe zu gelangen. Allein auf die Abwasserabgabe zu setzen, verlagert aber die Lösung des Problems der Entstehung und des Eintrags von Mikroverunreinigungen losgelöst vom Verursachungsbeitrag „at the end of pipe“. Die vorgelagerten Stufen der Entstehung und des Eintrags der Mikroschadstoffe, die unter Bezugnahme auf

²⁰⁹ BVerfG, Beschluss vom 08.08.1978 – 2 BvL 8.77 –, BVerfGE 49, 89, 135.

²¹⁰ Ausführlich dazu Jarass, BImSchG, Kommentar, 12. Aufl. 2017, § 3 Rn. 122 ff.

²¹¹ Es ist nicht ausgeschlossen, über die „Mindestanforderungen“ gem. § 57 Abs. 1 Nr. 1 WHG i. V. m. AbwV hinaus auf anderer rechtlicher Grundlage weitergehende oder zusätzliche Maßnahmen der Abwasserbehandlung zu verlangen; „freihändige“ Überwachungswertverschärfungen durch wasserbehördlichen Vollzug jenseits der gesetzlichen Systematik aber sollen entgegen teilweise anderer praktischer Handhabung nicht zulässig sein, Nisipeanu, ZfW 2018, 192, 212, 227.

²¹² UBA, Empfehlungen zur Reduzierung von Mikroverunreinigungen in den Gewässern, Stand: Dezember 2017, S. 43.

²¹³ Damit könnte man berücksichtigen, wenn Kläranlagen aufgrund bestimmter Umweltfaktoren einen geringeren Eintrag an Mikroschadstoffen zu verzeichnen haben oder durch bestimmte Verfahrensweisen im Rahmen des dreistufigen Ausbaus bereits einen höheren Abreinigungsgrad als der Durchschnitt vorweisen können.

den grundsätzlich stufenübergreifend zu verstehenden Stand der Technik durchaus gleichmaßen in den Blick zu nehmen sind, könnten dadurch aus dem Blickfeld geraten. Die Änderung des AbwAG kann deshalb nur ein zum ordnungsrechtlichen Rahmen paralleler Bestandteil des Gesamtmaßnahmenpakets sein.²¹⁴

Empfehlung:

Es sollte überlegt werden, für Kläranlagen die vierte Reinigungsstufe, also eine weitergehende Abwasserreinigung zur Eliminierung von Mikroverunreinigungen, flächendeckend im „Bedarfsfall“, d. h. gekoppelt an das Vorliegen bestimmter Voraussetzungen, vorzuschreiben.

3.5.2.2 Vereinheitlichung von IZÜV und WHG

Bis zur Umsetzung der Richtlinie 2010/75/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.11.2010 über Industrieemissionen (integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung)²¹⁵ in deutsches Recht wurde zwischen den industriellen und kommunalen Abwasseranlagen hinsichtlich des Erfordernisses und der Voraussetzungen einer Genehmigung nicht differenziert. Nunmehr existiert in § 60 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 WHG für selbstständige Industriekläranlagen ein eigenständiger Genehmigungstatbestand. Problematisch ist, dass der Gesetzgeber keine positive Definition für diesen Anlagentypus gem. § 60 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 WHG eingeführt hat; zur Abgrenzung dient lediglich das etwas sperrige Gesetzeszitat.²¹⁶ Danach unterfallen der Regelung Anlagen, die Abwasser behandeln, das aus Anlagen nach § 3 der Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen stammt, deren Genehmigungsbedürfnis sich aber nicht auf die Abwasseranlage erstrecken darf²¹⁷ und das nicht unter die Richtlinie des Rates vom 21.05.1991 über die Behandlung von kommunalem Abwasser (91/271/EWG)²¹⁸ fällt.

²¹⁴ Vgl. dazu auch Antrag div. Abgeordneter, Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Drs. 19/8649, S. 5: „Darüber hinaus darf die Abgabe nicht alleine darauf ausgerichtet sein, den Finanzierungsbedarf für die Errichtung weiterer Klärstufen zu decken [...]“.

²¹⁵ ABl. L 334 vom 17.12.2010, S. 17 ff.

²¹⁶ Krahnfeld/Ehrmann, I+E 2013, 171, 178.

²¹⁷ Abwasserbehandlungsanlagen, die einer genehmigungspflichtigen Tätigkeit bzw. Produktionsanlage als Nebeneinrichtung im Sinne des § 1 Abs. 2 der 4. BImSchV funktional zuzuordnen sind, werden zusammen mit der Haupteinrichtung immissionsschutzrechtlich genehmigt. Der insoweit bestehende Vorrang der immissionsschutzrechtlichen Anlagengenehmigung ist gerade auch deshalb von Bedeutung, weil es sich bei der Genehmigung nach BImSchG um eine gebundene Entscheidung handelt. Im Unterschied dazu besteht bei der wasserrechtlichen Genehmigung nach § 60 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 WHG, soweit kein zwingender Versagungsgrund vorliegt, wie bei der Erlaubniserteilung ein Bewirtschaftungsermessen gem. § 12 Abs. 2 WHG, vgl. Hofmann, W+B 2013, 139, 145; außerdem Berendes, WHG, 2. Aufl. 2018, § 60 Rn. 10, das WHG sieht keinen Genehmigungsanspruch vor.

²¹⁸ ABl. L135 vom 30.05.1991, S. 40 ff.; im Folgenden: Kommunalabwasserrichtlinie.

Bei der letzten Anpassung der Industriekläranlagen-Zulassungs- und Überwachungsverordnung (IZÜV) vom 02.05.2013²¹⁹ durch Artikel 2 des Gesetzes vom 18.07.2017²²⁰ mit Wirkung zum 28.01.2018 sind dabei Umsetzungsdefizite der IZÜV in Bezug auf die IE-RL nur teilweise beseitigt worden.²²¹ Das betrifft zum einen die Regelungen zur Öffentlichkeitsbeteiligung (dazu 3.5.2.2.1 und 3.5.2.2.2), erstreckt sich aber auch auf die Ausnahmen in besonderen Fällen gem. Art. 15 Abs. 4 IE-RL (dazu 3.5.2.2.3) und reicht bis zur Gewährleistung von kläranlagenspezifischen, aber nicht einleitungsrelevanten BVT-Schlussfolgerungen (dazu 3.5.2.2.4).

3.5.2.2.1 Regelungsdefizite in Bezug auf die Notwendigkeit der Öffentlichkeitsbeteiligung

In Bezug auf die Regelungen, die die Vorgaben der IE-RL zur Öffentlichkeitsbeteiligung, auf die nicht verzichtet werden kann, umsetzen, bestehen weiterhin Umsetzungslücken. Gemäß Art. 24 IE-RL haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass die betroffene Öffentlichkeit frühzeitig und in effektiver Weise die Möglichkeit erhält, sich an folgenden Verfahren zu beteiligen:

- „a) Erteilung einer Genehmigung für neue Anlagen;
- b) Erteilung einer Genehmigung für wesentliche Änderungen;
- c) Erteilung oder Aktualisierung einer Genehmigung für eine Anlage, für die die Anwendung von Artikel 15 Absatz 4 vorgeschlagen wird;
- d) Aktualisierung der Genehmigung oder der Genehmigungsaufgaben für eine Anlage im Einklang mit Artikel 21 Absatz 5 Buchstabe a.“

Für diese Beteiligung gilt das in Anhang IV zur IE-RL genannte Verfahren. Die Umsetzung in das nationale Recht erfolgt durch § 4 IZÜV, der die Öffentlichkeitsbeteiligung sowie den Zugang zu Informationen regelt. Als Grundregel sieht § 4 Abs. 1 Satz 1 IZÜV vor, dass in den Verfahren nach § 2 Abs. 1 IZÜV die Öffentlichkeit entsprechend einzelnen Normen des BImSchG sowie der Verordnung über das Genehmigungsverfahren zu beteiligen ist. Eine eindeutige Umsetzung enthält § 4 Abs. 1 Satz 1 IZÜV insoweit für die

²¹⁹ BGBl. I S. 973, 1011, 3756.

²²⁰ BGBl. I S. 2771.

²²¹ Die Änderungen dienen vor allem der Ergänzung eines Genehmigungstatbestandes für Behandlungsanlagen für Deponiesickerwasser und den insoweit notwendigen Lückenschluss zur IE-RL sowie den Änderungen bei der Eignungsfeststellung für Anlagen zum Lagern, Abfüllen oder Umschlagen wassergefährdender Stoffe (§ 63 WHG), vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/11946 vom 12.04.2017.

Regelungen des Art. 24 Abs. 1 Buchst. a) und b) IE-RL. Nicht erfasst sind dagegen notwendige Aktualisierungen der Genehmigungen oder Genehmigungsaufgaben i. S. d. Art. 24 Abs. 1 Buchst. c) Alt. 2²²² und Buchst. d) IE-RL.²²³ Diese Bestimmungen beziehen sich auf die Aktualisierung der Genehmigung entweder unter Berücksichtigung von Ausnahmen in besonderen Fällen gem. Art. 15 Abs. 4 IE-RL oder „im Einklang“ mit Art. 21 Abs. 5 Buchst. a) IE-RL.

Als Ausnahme in besonderen Fällen, in denen bei Aktualisierung der Genehmigung auch weniger strenge Emissionsgrenzwerte festgelegt werden dürfen, ist im deutschen Wasserrecht nur die Ausnahme aufgrund des Art. 15 Abs. 4 Buchst. b) IE-RL, also auf Grundlage besonderer technischer Merkmale der betroffenen Anlage, umgesetzt worden. Auf die Regelung einer Ausnahme unter Bezugnahme auf den geografischen Standort und die lokalen Umweltbedingungen hat Deutschland bislang verzichtet.²²⁴

Die Aktualisierung der Genehmigung „im Einklang“ mit Art. 21 Abs. 5 Buchst. a) IE-RL betrifft Maßnahmen im Anschluss an eine Überprüfung der in der Genehmigung festgelegten Emissionsgrenzwerte. Die Überprüfung der Genehmigung regelt zwar § 8 Abs. 3 IZÜV, der insoweit der Umsetzung von Art. 21 Abs. 5 IE-RL dient. Die Regelung enthält jedoch keine Bestimmung in Bezug auf die hierfür gem. Art. 24 Abs. 1 Buchst. d) IE-RL geforderte Öffentlichkeitsbeteiligung.²²⁵

Um die insoweit in der IZÜV vorhandene Regelungslücke zu schließen, könnte § 4 Abs. 1 Satz 1 IZÜV um solche Verfahren ergänzt werden, die eine Aktualisierung der Genehmigung unter Berücksichtigung von Ausnahmen in besonderen Fällen gem. Art. 15 Abs. 4 IE-RL oder „im Einklang“ mit Art. 21 Abs. 5 Buchst. a) IE-RL sicherstellen. Es ist zu empfehlen, die Umsetzungsdefizite, deretwegen die Richtlinie im Falle des Eintritts einer solchen Fallkonstellation im Moment unmittelbar angewendet werden muss, im Interesse der Vermeidung von Verfahrensfehlern und der ggf. zeitraubenden notwendigen Nachholung von Verfahrensschritten zu beseitigen.

²²² Die Erteilung einer Genehmigung für eine Anlage, für die die Anwendung von Art. 15 Abs. 4 IE-RL vorgeschlagen wird, betrifft entweder neue Anlagen i. S. d. Buchst. a) dieses Absatzes oder erfolgt im Rahmen einer wesentlichen Änderung, also gem. Buchst. b) dieses Absatzes.

²²³ Zum Umsetzungsdefizit in Bezug auf Art. 24 Abs. 1 Buchst. d) IE-RL ausdrücklich BVerwG, Urteil vom 02.11.2017 – 7 C 25/15 –, juris, Rn. 36.

²²⁴ Vgl. dazu unten 3.5.2.2.3; auch Hofmann, ZfW 2013, 57, 63.

²²⁵ Vgl. dazu auch BVerwG, Urteil vom 02.11.2017 – 7 C 25/15 –, juris, Rn. 36.

Empfehlung:

§ 4 Abs. 1 Satz 1 IZÜV schreibt für bestimmte anlagebezogene Zulassungsverfahren die Beteiligung der Öffentlichkeit und den Zugang zu Informationen vor. Aufgrund unionsrechtlicher Vorgaben der IE-RL ist die Regelung um weitere Verfahren zu ergänzen. Konkret betrifft dies Verfahren zur Aktualisierung von Genehmigungen, in denen – im Einklang mit dem Unionsrecht – aufgrund besonderer technischer Merkmale, aufgrund des geographischen Standortes oder aufgrund der lokalen Umweltbedingungen weniger strenge Emissionsgrenzwerte festgelegt werden, sowie Verfahren zur Aktualisierung von Genehmigungen im Anschluss an die Überprüfung der in der Genehmigung festgelegten Emissionsgrenzwerte.

3.5.2.2.2 Regelungsdefizite in Bezug auf den Verzicht der Öffentlichkeitsbeteiligung

Wie soeben dargelegt, ist gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 IZÜV in Verfahren nach § 2 Abs. 1 Satz 1 IZÜV die Öffentlichkeit entsprechend § 10 Abs. 3, 4 und 6 BImSchG sowie den §§ 9, 10 und 14 bis 19 der Verordnung über das Genehmigungsverfahren zu beteiligen. Von dieser Verpflichtung zur Öffentlichkeitsbeteiligung soll die Behörde gemäß § 4 Abs. 1 Satz 2 IZÜV in Verfahren zur Erteilung einer Genehmigung für die wesentliche Änderung der Industrieanlage nach § 16 Abs. 2 BImSchG auch in Verbindung mit § 60 Abs. 3 Satz 3 WHG absehen, wenn keine erheblich nachteiligen Auswirkungen auf ein Gewässer zu erwarten sind.

Soweit nach Erlass der IZÜV gefordert wurde, die Regelung des § 4 Abs. 1 Satz 2 IZÜV auf Fälle der bloß unwesentlichen Änderung von Industrieanlagen i. S. d. § 15 BImSchG²²⁶, die dennoch zur Änderung der wasserrechtlichen Erlaubnis führen, zu erstrecken, wenn die weiteren Voraussetzungen erfüllt sind,²²⁷ besteht hierfür nach Prüfung im Rahmen dieses Gutachtens keine Notwendigkeit. Denn für diese Fallkonstellationen existiert nach § 4 Abs. 1 Satz 1 IZÜV und seine ausdrückliche Bezugnahme auf § 2 Abs. 1 Satz 1 IZÜV überhaupt keine Pflicht zur Öffentlichkeitsbeteiligung. In der Sache liegt darin ein „Gleichlauf“ mit den anlagenrechtlichen Regelungen des BImSchG, die für nicht wesentliche Änderungen „lediglich“ die Durchführung eines Anzeigeverfahrens ohne Öffentlichkeitsbeteiligung vorsehen (vgl. §§ 15, 10 Abs. 3, 4 und 6 BImSchG).²²⁸ Soweit für

²²⁶ Welche nach BImSchG lediglich anzeigepflichtig sind; vgl. § 15 Abs. 1 BImSchG.

²²⁷ Siehe UMK Ad-hoc-Arbeitskreis, Erstellung einer Arbeitshilfe für den Vollzug der nationalen Rechtsvorschriften zur Umsetzung der Industrie-Emissions-Richtlinie, Stand: 08.08.2014, S. 41.

²²⁸ Die Problematik wurde im Übrigen bereits durch den Normgeber erkannt. Insoweit hat dieser die im Regierungsentwurf enthaltene Bezugnahme auf den weiten Anwendungsbereich der IZÜV (§ 1 Abs. 1 Satz 1) im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens durch die bis heute geltende Fassung (Bezugnahme auf die in § 2 Abs. 1 Satz 1 IZÜV umschriebenen Verfahren) aufgrund eben dieser Überlegungen ersetzt, siehe dazu BR-Drs.

solche Verfahren die Beteiligung der Öffentlichkeit nicht vorgeschrieben ist, bedarf es auch keiner Ausnahmeregelung hiervon. Anpassungsbedarf besteht nicht.

3.5.2.2.3 Regelungsdefizit in Bezug auf Ausnahmen in besonderen Fällen (Art. 15 Abs. 4 IE-RL)

Art. 15 Abs. 4 IE-RL sieht in besonderen Fällen, in denen bei Aktualisierung der Genehmigung auch weniger strenge Emissionsgrenzwerte festgelegt werden dürfen, zwei Ausnahmen vor,

„wenn eine Bewertung ergibt, dass die Erreichung der mit den besten verfügbaren Techniken assoziierten Emissionswerte entsprechend der Beschreibung in den BVT-Schlussfolgerungen aus den folgenden Gründen gemessen am Umweltnutzen zu unverhältnismäßig höheren Kosten führen würde:

- a) geografischer Standort und lokale Umweltbedingungen der betroffenen Anlage; oder
- b) technische Merkmale der betroffenen Anlage.“

Von diesen nach der IE-RL vorgesehenen zwei Möglichkeiten zur Relativierung der Emissionsstandards ist im deutschen Wasserrecht nur die Ausnahme aufgrund des Art. 15 Abs. 4 Buchst. b), also die Abweichungsmöglichkeit, die mit technischen Merkmalen der Anlage im Einzelfall begründet werden kann, umgesetzt (vgl. dazu § 57 Abs. 4 Satz 2 WHG).²²⁹ Nicht ins deutsche Recht übernommen worden ist die auf Drängen verschiedener Mitgliedstaaten²³⁰ in Art. 15 Abs. 4 Buchst. a) IE-RL vorgesehene Relativie-

319/12 v. 14.12.2012, S. 44 f.: „§ 2 Absatz 1 und nicht § 1 Absatz 1 IZÜV regelt, in welchen Fällen ein Verfahren nach den §§ 3 bis 6 IZÜV durchzuführen ist. Insofern bedarf der Verweis der Korrektur. Im Übrigen würde nach der Regierungsvorlage in den Fällen, in denen eine Erlaubnis erteilt bzw. geändert wird, aber nach Immissionsschutzrecht keine wesentliche Änderung i. S. d. § 16 Absatz 1 Satz 1 erster Halbsatz BImSchG vorliegt und von daher nicht einmal eine Genehmigung nach § 16 BImSchG erforderlich wäre, die Ausnahme von der Pflicht zur Öffentlichkeitsbeteiligung nach § 4 Absatz 1 Satz 2 Nummer 2 IZÜV nicht greifen. Auf die Nummer 2 der Vorschrift käme es dann gar nicht mehr an. Solche Fälle können in der Praxis durchaus häufiger vorkommen, z. B. bei Änderung nur abgaberechtlicher Parameter. Mit der Änderung wird durch den Verweis auf § 2 Absatz 1 Satz 1 IZÜV, der auf die wesentliche Änderung einer Industrieanlage abstellt, gewährleistet, dass Fälle wie die vorgenannten von vornherein vom Anwendungsbereich des § 4 Absatz 1 IZÜV ausgenommen sind und daher keine Öffentlichkeitsbeteiligung durchzuführen ist.“

²²⁹ Geschaffen wurde damit eine Ausnahme z. B. für Fälle, in denen die BVT-Schlussfolgerungen für eine spezielle Unterart von Anlagen zu pauschal oder nicht zutreffend sind, weil diese andere Betriebsstoffe o.ä. verwenden, in denen wegen der Beschaffungszeit von Anlagenkomponenten oder der tatsächlichen Umrüstungszeit von Anlagenteile die Anpassungsfrist nicht eingehalten werden kann, vgl. Hoffmann, W+B 2013, 139, 142.

²³⁰ Dazu Hofmann, W+B 2013, 139, 143.

rung der Emissionsstandards, wenn ihre Herbeiführung unter Bezugnahme auf den geografischen Standort und die lokalen Umweltbedingungen zu einem nicht mehr vertretbaren Kosten-Nutzen-Verhältnis führen würde. Der deutsche Gesetzgeber wollte damit der Gefahr eines Abbaus von Umweltstandards begegnen, weil befürchtet wird, dass ortsbezogene, geografische Umweltbedingungen im Rahmen des Emissionsansatzes zu einem unerwünschten sog. Auffülleffekt beitragen. Gemeint ist damit, dass die Anforderungen soweit abgesenkt werden, wie es der Vorfluter, in den eingeleitet wird, gerade noch zulässt.²³¹ Der Anspruch des BImSchG, eine Minderung der Emissionen nach dem Stand der Technik von jeder Anlage und eben auch unabhängig vom Standort zu fordern, sollte nicht aufgeweicht werden.²³²

Anders als wenn z. B. zwingende Vorgaben der Richtlinie für die Öffentlichkeitsbeteiligung nicht innerstaatlich umgesetzt sind, was zu einer unmittelbaren Anwendung der Richtlinie führt, ermöglicht es der innerstaatliche Verzicht auf Ausnahmeregelungen im Interesse eines weiterreichenden Umweltschutzes dem jeweiligen Anlagenbetreiber nicht, sich auf das in diesem Fall weiterreichende europäische Recht zu berufen. Vielmehr werden solche gegenüber den Emissionsbandbreiten, die in den Komitologieverfahren festgelegt worden sind, strengeren Vorgaben im nationalen Recht zugunsten des Umweltschutzes unter Berufung auf Art. 14 Abs. 4, Art. 18 IE-RL nicht beanstandet.²³³

Eine solche Ausnahmeregelung könnte z. B. dann relevant werden, wenn zwischen der Emissions- und der Immissionssituation allein wegen der örtlichen Lage der Anlage ein so deutlicher Unterschied besteht, dass Anstrengungen zur Minimierung der Emissionen nicht im Verhältnis zum Nutzen des Ertrags auf der Immissionsseite stehen.²³⁴ Fehlt es in einem solchen Fall an einer (nationalen) Ausnahmeregelung, droht der Verzicht auf eine solche Ausnahme prima facie zu einer Wettbewerbsverzerrung zu Lasten der Anlagenbetreiber zu führen.²³⁵ Denn außerhalb des Anwendungsbereichs der IZÜV könnten Betreibern Vorteile daraus erwachsen, dass sie unter Berufung auf ihre geografische Positionierung und spezifische lokale Umweltbedingungen der lokalen Anlage nur geringere umweltrechtliche Anforderungen bzw. die umweltrechtlichen Anforderungen erst später zu erfüllen haben. Das könnte sich aufgrund seiner möglichen mittelbaren Auswirkungen auf einzelne industrielle Einleiter im Einzelfall sogar als Standortnachteil Deutschlands im

²³¹ Hofmann, W+B 2013, 139, 143.

²³² Dafür auch Friedrich, UPR 2013, 161, 162.

²³³ Hofmann, ZfW 2013, 57, 63.

²³⁴ Zu weiteren, deutlich weitergehenden Beispielen Friedrich, UPR 2013, 161, 162.

²³⁵ Hofmann, ZfW 2013, 57, 63; Weidemann/Krappel/Süßkind, DVBl. 2012, 1457, 1460.

Hinblick auf Industrieansiedelungen erweisen. Der einseitige Verzicht auf die Ausnahme wirft damit einerseits verfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit Art. 12 GG und Art. 14 GG auf;²³⁶ er läuft, nachdem Deutschland auf europäischer Ebene seine Bedenken gegen die Abweichungsmöglichkeiten in Art. 15 Abs. 4 IE-RL zurückgestellt hat,²³⁷ andererseits auch dem Ziel der IE-RL zuwider, Wettbewerbsunterschiede zwischen den Unternehmen in den Mitgliedstaaten zu beseitigen.²³⁸

Grundsätzlich ist zwar zu begrüßen, dass durch die IE-RL und die Komitologie-Verordnung ein Mechanismus existiert, europaweit geltende Technologiestandards unter Einbeziehung des exekutivischen Sachverständigen und externer Experten festzulegen und somit grundsätzlich gleiche Wettbewerbsbedingungen für die hiervon jeweils betroffene Industrie zu etablieren.²³⁹ Damit lässt sich auch vertreten, die Ausnahmen von diesem Grundsatz möglichst eng zu fassen und restriktiv zu handhaben. Die äußere Grenze für solche Abweichungen setzt indessen Art. 15 Abs. 4 UAbs. 4 IE-RL selbst, weil durch die zuständige Behörde sicherzustellen ist, dass keine erheblichen Umweltverschmutzungen verursacht werden und ein hohes Schutzniveau für die Umwelt insgesamt gleichwohl erreicht wird. Dementsprechend werden die Anwendungsmöglichkeiten einer solchen Ausnahmeregelung ohnehin eng begrenzt sein.²⁴⁰

Aus Sicht der Anlagenbetreiber kann die Ausklammerung einer in Art. 15 Abs. 4 IE-RL vorgesehenen, sie – wenn auch nur unter bestimmten, eng zu fassenden Umständen – begünstigenden Regelung aus dem Anlagenzulassungsrecht des WHG nicht ohne weiteres hingenommen werden. Vom Standpunkt der Anlagenbetreiber aus wäre deshalb eine Ergänzung des § 57 Abs. 4 WHG um die in Art. 15 Abs. 4 IE-RL enthaltene und noch nicht umgesetzte Relativierungsmöglichkeit aufgrund des geografischen Standorts und der lokalen Umweltbedingungen der betroffenen Anlage in Bezug auf die einzuhaltenden Emissionsstandards zu fordern.

²³⁶ Weidemann/Krappel/Süßkind, DVBl. 1457, 1461.

²³⁷ Röckinghausen, UPR 2012, 161, 162.

²³⁸ Vgl. Erwägungsgrund (3) der IE-RL.

²³⁹ Dazu ausführlich Hofmann, ZfW 2013, 57, 61f.

²⁴⁰ Die Kritik an der fehlenden Umsetzung der Ausnahmemöglichkeit blieb deshalb auch eher leise und hielt sich mit Forderungen nach einer Erweiterung des nationalen Rechts zurück, vgl. Hofmann, ZfW 2013, 57, 63: „Die Auswirkungen auf den Wettbewerb dürften [...] schon wegen der [...] Beschränkungen des Ausnahmegebrauchs sehr gering sein. Gleiches gilt für die mit dem Vorsorgeprinzip in Spannung stehende Senkung der Umweltschutzanforderungen, die die Ausnahme erlaubt.“

Empfehlung:

In § 57 Abs. 4 WHG sollten die in Art. 15 Abs. 4 IE-RL unionsrechtlich vorgesehenen Ausnahmetatbestände zur Relativierung der maßgeblichen Emissionsstandards vollständig aufgenommen werden.

3.5.2.2.4 Beseitigung von Vollzugsdefiziten im Hinblick auf kläranlagenspezifische, jedoch nicht einleitungsrelevante BVT-Schlussfolgerungen

Die Erteilung einer Erlaubnis zur Einleitung von Abwasser in Gewässer (Direkteinleitung) setzt u. a. voraus, dass Menge und Schädlichkeit des Abwassers so gering gehalten werden wie dies bei Einhaltung der jeweils in Betracht kommenden Verfahren nach dem Stand der Technik möglich ist (§ 57 Abs. 1 Nr. 1 WHG). Diese Vorgabe wird durch die auf der Grundlage des § 57 Abs. 2 Satz 1 WHG erlassene AbwV konkretisiert, deren Anforderungen sich seitdem nicht mehr nur an die Behörde richten, sondern die insoweit zur self-executing-Norm geworden ist, als sie sich auch unmittelbar an den Einleiter oder Anlagenbetreiber richtet. Dadurch soll grundsätzlich der Vollzug erleichtert werden.²⁴¹

Gerichtet an den Verordnungsgeber sieht § 57 Abs. 3 WHG insoweit vor, dass dieser nach Veröffentlichung einer BVT-Schlussfolgerung unverzüglich zu gewährleisten hat, dass für bestimmte Anlagen (nämlich Anlagen nach § 3 der Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen und Anlagen nach § 60 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 WHG) die (zugelassenen) Einleitungen unter normalen Betriebsbedingungen die in den BVT-Schlussfolgerungen genannten Emissionsbandbreiten nicht überschreiten. Damit sieht die Regelung für diese Fälle vor, dass durch die Festlegung der spezifischen Anforderungen in der Rechtsverordnung zumindest das Mindestschutzniveau der BVT-Schlussfolgerungen sicherzustellen ist, soweit dieses durch Emissionsbandbreiten, die einleitungsrelevant sind, definiert ist.

Nicht von dieser Verpflichtung des Verordnungsgebers umfasst ist hingegen die Sicherstellung solcher Emissionsbandbreiten, die nicht einleitungsrelevant sind. Hier gibt es keine gesetzliche Anordnung des Mindestniveaus, was zu Vollzugsdefiziten im Hinblick auf solche BVT-Schlussfolgerungen führen kann, die zwar kläranlagenspezifisch, jedoch nicht einleitungsrelevant sind.²⁴² Mit anderen Worten: Weil der Verordnungsgeber gesetzlich nicht dazu verpflichtet ist, sämtliche für Kläranlagen relevante Emissionsbandbreiten

²⁴¹ Hofmann, W+B 2013, 139, 143. Vgl. außerdem BVerwG, Beschluss vom 03.06.2004 – 7 B 14.04 –, juris, Rn. 6, das die unmittelbare Geltung untergesetzlicher Anforderungen im Abfallrecht als mit höherrangigem Recht vereinbar erachtet hat.

²⁴² So bereits Krahnfeld/Ehrmann, I+E 2013, 171, 179.

in der Verordnung zum Stand der Technik nach § 57 Abs. 2 Satz 1 WHG abzubilden, besteht das Risiko, dass einzelne auf BVT-Ebene vorgesehene Vorgaben mangels innerdeutscher Normierung zur Konkretisierung des Standes der Technik im Genehmigungsverfahren nicht hinreichend berücksichtigt werden.

Um ein Defizit im Hinblick auf den Vollzug kläranlagenspezifischer, aber nicht einleitungsrelevanter BVT-Schlussfolgerungen zu verhindern, müsste die Regelung des § 57 Abs. 3 Satz 1 WHG geändert und auf das Merkmal der Einleitungsrelevanz verzichtet werden. Das hätte zur Folge, dass über die einleitungsrelevanten Emissionsbandbreiten hinaus sämtliche in BVT-Schlussfolgerungen festgelegten kläranlagenspezifischen Emissionsbandbreiten durch den Ordnungsgeber in seiner konkretisierenden Ordnungsregelung zum Stand der Technik abzubilden sind. Mängel bei der Gewährleistung der BVT-Schlussfolgerungen, die – soweit sie nicht umgesetzt sind – nur über den behördlichen Vollzug vermieden werden können, sind dadurch reduzierbar.

Empfehlung:

In § 57 Abs. 3 Satz 1 WHG sollte auf das Merkmal der Einleitungsrelevanz verzichtet werden.

3.5.2.3 Lösung bestehender Rechtsunsicherheiten bei der Abgrenzung der Industriekläranlage von der Gemeinschaftsanlage (industrielle/häusliche Abwässer)

Auch sechs Jahre nach Umsetzung der IE-RL stellen sich in der Praxis immer wieder Abgrenzungsprobleme von selbstständigen Industriekläranlagen, die nach § 60 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 WHG zu genehmigen sind, zu bestimmten UVP-pflichtigen Gemeinschaftsanlagen gem. § 60 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 WHG, wenn die Anlagen zum überwiegenden Teil der Klärung von Industrieabwässern dienen, neben den Abwässern aus gewerblichen oder industriellen Anlagen aber zugleich auch häusliche Abwässer z. B. aus den angeschlossenen Unternehmen oder aus benachbarten Siedlungsgebieten bzw. aufgrund eines Dienstleistungsauftrages mit anderen Abwasserbeseitigungspflichtigen abgereinigt werden. Die Unterscheidung ist für die Anlagenbetreiber von Bedeutung, da Abwasseranlagen, die nicht § 60 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 und 3 WHG unterfallen, ungeachtet der in der Praxis nur noch geringen Unterschiede nicht nach dem Stand der Technik, sondern (nur) nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik errichtet, betrieben und unterhalten werden (§ 60 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 WHG). Außerdem gelten für diese Anlagen auch die Anforderungen gemäß § 5 BImSchG nicht (§ 60 Abs. 3 Satz 3 WHG).

So handelt es sich gem. § 60 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b) WHG bereits dann nicht mehr um eine selbstständige Industriekläranlage, wenn sie ungeachtet dessen, dass ihr Abwasser aus IE-RL-relevanten Anlagen zufließt, der Kommunalabwasserrichtlinie unterfällt. Anknüpfungspunkt hierfür ist die Zusammensetzung des zu reinigenden Abwassers. Gemäß Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie 91/271/EWG gilt als ihrem Anwendungsbereich unterfallendes „kommunales Abwasser“ sowohl „häusliches Abwasser“ (Art. 2 Nr. 2 Kommunalabwasserrichtlinie) als auch ein „Gemisch aus häuslichem und industriellem Abwasser und/oder Niederschlagswasser“ (Art. 2 Nr. 1 Kommunalabwasserrichtlinie) sowie Einleitungen aus den in Anhang III der Richtlinie genannten Industriebranchen.²⁴³ Mit häuslichem Abwasser vermisches Industriewasser unterfällt damit grundsätzlich der Kommunalabwasserrichtlinie, was zugleich bedeutet, dass eine solche Anlage dem Anwendungsbereich des § 60 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 WHG entzogen ist.

Ob die Entwurfsverfasser des Gesetzes, die in Anlehnung an den Wortlaut der Vorschrift in ihrer Begründung formuliert haben, dass das Genehmigungserfordernis nach § 60 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 WHG ausschließlich für die Abwasserbehandlungsanlagen gilt,

„in die *nur* industrielles Abwasser eingeleitet wird“²⁴⁴,

tatsächlich alle denkbaren Fallkonstellationen im Blick hatten, mag bezweifelt werden. Jedenfalls gibt es eine rechtswissenschaftliche Diskussion darüber, ab wann überhaupt von Mischabwasser im Sinne der Kommunalabwasserrichtlinie gesprochen werden kann. Zwar scheint man sich weitgehend einig zu sein, dass der Anwendungsbereich des § 60 Abs. 3 Nr. 2 WHG im Sinne der Erläuterung durch die Bundesregierung schmal ist, dennoch stellen sich in der Praxis immer wieder folgende Fragen:

- Reicht schon die Vermischung mit kleinsten Mengen häuslichen Abwassers, wie es etwa auch im Unternehmen durch Duschen oder WC-Spülungen anfallen kann?
- Nach welchem Regelungssystem ist zu entscheiden, wenn eine Gemeinschaftsanlage nur aufgrund des IE-RL-pflichtigen industriellen Zulaufs und auch nur bezüglich der Anlagenteile geändert wird, die für die Reinigung speziell dieses Abwassers vorgehalten werden?

Der Wortlaut des Gesetzes enthält hierfür keine weiteren Anhaltspunkte. Wie schon dem Zitat der Gesetzesbegründung entnommen werden kann, hat der Gesetzgeber selbst keine

²⁴³ BT-Drs. 17/10486 vom 15.08.2012, S. 59

²⁴⁴ BR-Drs. 314/12 vom 25.05.2012, S. 55.

besonderen oder weitergehenden Anforderungen an Herkunft und Umfang des Kommunalabwasseranteils gestellt, sonst wäre er nicht davon ausgegangen, dass von dieser Regelung in der Praxis nur wenige Anlagen betroffen sein dürften.²⁴⁵ Insoweit positionierte er sich eindeutig:

„Alle Anlagen, die auch häusliches Abwasser mitbehandeln – was heute der Regelfall ist – fallen nicht unter diese Regelung.“²⁴⁶

Gleichwohl tut man sich in der Literatur schwer, den Anwendungsbereich des § 60 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 WHG eng zu halten. Einerseits sollen von der Regelung „*hauptsächlich* spezielle Kläranlagentypen in Industrieparks“²⁴⁷ erfasst sein, andererseits wird zwischen wesentlichen und unwesentlichen/unerheblichen Anteilen kommunalen Abwassers unterschieden.²⁴⁸ Im ersteren Fall soll der Anwendungsbereich der Kommunalabwasserrichtlinie eröffnet sein, im anderen Fall aber wird unterstellt, dass es sich trotz bestimmter Zuleitungen von kommunalem Abwasser etwa aus einer Betriebskantine oder den Sanitärräumen der Belegschaft noch um eine selbstständige Industriekläranlage im Sinne des § 60 Abs. 3 WHG handelt.²⁴⁹ Ansonsten ist zu befürchten, dass für die Vorschrift kein effektiver Anwendungsbereich mehr verbleibt, was einen Verstoß gegen die IE-RL darstellen würde.²⁵⁰

In Bezug auf Anlagen, die neben IE-RL-relevantem Abwasser auch kommunales Abwasser behandeln, besteht zwar kein Regulierungsbedarf im Sinne einer Neuregelung. Aufgrund der kontroversen Diskussion hinsichtlich des für selbstständige Industriekläranlagen noch unerheblichen Kommunalabwasseranteils würde sich aber eine Klarstellung anbieten. Unter Berücksichtigung des weiten, § 60 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 WHG einschränken den Kommunalabwasserbegriffs ist der Anwendungsbereich für Abwasseranlagen, die sich am Stand der Technik zu orientieren haben, von vornherein eng zu verstehen. Maßgeblich ist, dass der Zweck der Anlage ausschließlich in der Behandlung industriellen Abwassers liegt. Sobald z. B. aufgrund der Beteiligung eines Abwasserzweckverbandes,

²⁴⁵ BT-Drs. 17/10486 vom 15.08.2012, S. 34.

²⁴⁶ BR-Drs. 314/12, S. 80.

²⁴⁷ Kern, ZUR 2013, 150, 156.

²⁴⁸ Krahnfeld/Ehrmann, I+E 2013, 171, 178; Hofmann, W+B 2013, 139, 146, der außerdem darauf hinweist, dass es nicht ausreichen dürfte, wenn die Anlage nur technisch in der Lage wäre, auch kommunales Abwasser aufzunehmen, das aber weder nach der Anlagenbeschreibung, noch nach dem daran orientierten Genehmigungsbefehl vorgesehen ist.

²⁴⁹ Schulz, in: BeckOK Umweltrecht, 49. Ed., § 60 Rn. 42.

²⁵⁰ Hofmann, W+B 2013, 139, 146.

selbst wenn dieser nur Teile des in seinem Abwasserbeseitigungsgebiet anfallenden kommunalen Abwassers in der Industriekläranlage entsorgt, der Tätigkeitsbereich der Anlage für das Kommunalabwasser geöffnet ist, unterfällt die Anlage bei ihrer Errichtung gleichermaßen wie bei ihrer Änderung (unabhängig davon, welchem Abwasserstrom die Änderung zugutekommt) als Gemeinschaftsanlage zur Behandlung eines Gemischs aus häuslichem und industriellem/gewerblichem Abwasser nicht mehr § 60 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 WHG. Dagegen darf die Einleitung häuslichen Abwassers aus Nebeneinrichtungen der Abwasseranlage selbst oder der in sie einleitenden Industriebetriebe, die mit den das Industrieabwasser ableitenden Anlagenteilen und Verfahrensschritten in räumlichem und betriebstechnischem Zusammenhang steht (vgl. die Formulierung ähnlich in § 1 Abs. 2 der 4. BImSchV) und regelmäßig schon aus Praktikabilitätsgründen zusammen mit dem Industrieabwasser erfolgt, nicht dazu führen, aus der selbstständigen Industriekläranlage eine Gemeinschaftsanlage zu machen. Das sollte durch Ergänzung des § 60 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b) WHG – ggf. auch unter Verweis auf eine entsprechende Anwendung des § 1 Abs. 2 der 4. BImSchV – klargestellt werden.

Empfehlung:

Durch eine Ergänzung des § 60 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b) WHG sollte klargestellt werden, dass die Einleitung häuslichen Abwassers aus Nebeneinrichtungen einer Abwasseranlage oder der in sie einleitenden Industriebetriebe nicht dazu führt, dass aus der selbstständigen Industriekläranlage eine Gemeinschaftsanlage wird.

3.5.2.4 Festlegung von Qualitätsstandards für das Niederschlagswasser auf Bundesebene

Regulierungsbedarf drängt sich zunehmend im Bereich der Niederschlagswasserbeseitigung auf. § 54 Abs. 1 WHG erklärt zwar neben dem Schmutz- auch das Niederschlagswasser zu Abwasser, das durch anthropogenes Verhalten – insbesondere das Bebauen und Befestigen von Flächen – daran gehindert ist, zu versickern oder wild abzufließen. Der Einbeziehung dieses durch Regen, Schnee, Graupel, Nebel, Reif usw. verursachten Niederschlagswassers liegt die Überzeugung des Gesetzgebers zugrunde, dass auch Niederschlagswasser, insbesondere wenn es auf kontaminierte Flächen auftrifft, nach langen Trockenperioden o. ä. nicht unerhebliche Schmutzfrachten enthalten kann.²⁵¹ Gleichwohl

²⁵¹

Vgl. in diesem Zusammenhang auch bzgl. der Schärfung der Anforderungen der WRRL an die straßenrechtliche Planfeststellung BVerwG, Urteil vom 27.11.2018 – 9 A 8/17 –, juris.

wird aus Niederschlagswasser, solange es nur abfließt und nicht gebraucht wird, trotz seiner tatsächlichen Verschmutzung kein Schmutzwasser.²⁵² Das gilt selbst dann, wenn die Verschmutzung – z. B. aufgrund organisch verschmutzter Hofflächen – vom abwasser-einleitenden Grundstückseigentümer zu verantworten ist.²⁵³

Im Übrigen sieht der Bundesgesetzgeber für das Niederschlagswasser nach § 55 Abs. 2 WHG lediglich vor, dass seine Beseitigung ortsnah durch Versickerung oder Verrieselung, durch Direkteinleitung oder ein Trennsystem erfolgen soll, soweit dem – im konkreten Einzelfall – weder wasserrechtliche noch sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften (in Betracht kommen insbesondere Baurecht sowie kommunales Satzungsrecht) oder wasserwirtschaftliche Belange (z. B. Grundwasser- und Hochwasserschutz) entgegenstehen. Die Vorschrift, die als Soll-Vorschrift die Träger der Abwasserbeseitigung nicht absolut bindet, ist bewusst weit gehalten, weil der Gesetzgeber den insoweit vorhandenen unterschiedlichen Verhältnissen vor Ort genügend Rechnung tragen wollte.²⁵⁴ Sie ist ausschließlich an den Abwasserbeseitigungspflichtigen gerichtet, was gem. § 56 Abs. 1 Satz 1 WHG grundsätzlich die hierzu nach Landesrecht bestimmten juristischen Personen des öffentlichen Rechts sind, es sei denn, die Länder bestimmen, dass und unter welchen Voraussetzungen die Abwasserbeseitigung durch einen anderen erfolgt (§ 56 Abs. 1 Satz 2 WHG).

Sowohl dieser in § 55 Abs. 2 WHG zum Ausdruck kommende Wunsch des Gesetzgebers, bei der Niederschlagswasserbeseitigung dem Örtlichkeitsprinzip den Vortritt zu lassen, als auch seine Idee, die Regelungsdetails den jeweiligen Landesgesetzgebern zu überlassen, finden auch in den § 55 Abs. 2 WHG ergänzenden Regelungen in §§ 46 Abs. 2, § 25 Satz 3 Nr. 1 und § 43 Nr. 1 WHG Niederschlag.

Nach § 46 Abs. 2 WHG ist das Einleiten von Niederschlagswasser in das Grundwasser „durch schadlose Versickerung“ erlaubnisfrei, „soweit dies in einer Rechtsverordnung nach § 23 Abs. 1 bestimmt ist“. Deutlich wird dadurch noch einmal die Abkehr von der ursprünglich proklamierten kanalgebundenen Niederschlagswasserbeseitigung²⁵⁵ hin zur Unterstützung des natürlichen Wasserkreislaufs. Auf diese Weise können neben der ökologisch erwünschten (Wieder-)Anreicherung des Grundwasserspiegels auch die Kosten

²⁵² Die gleichwohl fortbestehende Unterscheidung von Schmutz- und Niederschlagswasser ist insbesondere auch für das Abwasserabgabenrecht wichtig (vgl. §§ 4, 7 AbwAG).

²⁵³ Nisipeanu, in: Berendes, WHG Kommentar, 2. Aufl. 2017, § 54 Rn. 20.

²⁵⁴ BT-Drs. 16/12275 vom 17.03.2009, S. 68.

²⁵⁵ Rossi, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG, Stand: Juni 2018, § 46 Rn. 35.

für Errichtung und Betrieb der Kanalisation reduziert²⁵⁶ sowie Hochwassergefahren vorgebeugt werden.²⁵⁷ Allerdings hat der Bund bislang keine entsprechende Rechtsverordnung nach § 23 Abs. 1 WHG erlassen. Infolgedessen ist das Einleiten von Niederschlagswasser in das Grundwasser durch schadlose Versickerung weiterhin gem. § 8 Abs. 11 i. V. m. § 9 Abs. 11 Nr. 4 WHG erlaubnispflichtig, es sei denn, die Länder haben auf Basis ihrer Ermächtigung in § 46 Abs. 3 WHG die Erlaubnisfreiheit bestimmt.²⁵⁸ Entsprechende landesrechtliche Regelungen gelten bis zum Erlass der Rechtsverordnung nach § 23 Abs. 1 WHG fort.²⁵⁹

Das gilt gleichermaßen für die gem. § 25 Satz 3 Nr. 1 WHG den Ländern eröffnete Möglichkeit, auch das schadlose Einleiten von Niederschlagswasser zum Gegenstand des Gemeingebrauchs zu machen. Voraussetzung ist auch hier die Schadlosigkeit der Niederschlagswassereinleitung. Die Trennung zwischen der grundsätzlich gemeingebrauchsfähigen schadlosen Niederschlagswassereinleitung und dem eben nicht mehr schadlosen Einleiten von Niederschlagswasser, für das kein Gemeingebrauch begründet werden darf, ist in der Praxis schwierig.²⁶⁰ Unter Rückgriff auf die gesetzliche Definition des Niederschlagswasserbegriffs in § 54 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 WHG ist es – unabhängig von seinem Verschmutzungsgrad – das aus dem Bereich von bebauten und befestigten Flächen stammende, gesammelt abfließende Wasser. Weil solches von bebauten und befestigten Flächen abfließendes Wasser oftmals angereichert ist mit einer Vielzahl von Schadstoffen (Öl- und Benzinreste, Reifenabrieb, Auftausalze usw.), wird wiederholt dafür plädiert, das Einleiten von Niederschlagswasser von bebauten und befestigten Flächen insgesamt von der Nutzung als Gemeingebrauch auszunehmen.²⁶¹

Wollte man diese Forderung umsetzen, müsste § 25 Satz 3 Nr. 1 aus dem WHG gestrichen werden. Gemeingebrauch an der Direkteinleitung von Niederschlagswasser kann es dann

²⁵⁶ Vgl. dazu z. B. auch Gemeinsames Rundschreiben des Ministeriums für Infrastruktur und Landwirtschaft und des Ministeriums für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz in Brandenburg vom 11.10.2011, Abl. Bbg. vom 23.11.2011, S. 2035.

²⁵⁷ BT-Drs. 13/4788, S. 21.

²⁵⁸ Meyer, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, Stand: Juli 2018, § 46 WHG Rn. 18.

²⁵⁹ BT-Drs. 16/12275, S. 65.

²⁶⁰ Ganske, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, Stand: Juli 2018, § 25 WHG Rn. 46.

²⁶¹ Ebd.; Cormann, in: BeckOK Umweltrecht, Giesberts/Reinhardt, Stand: Dezember 2017, § 25 Rn. 18, der in diesem Zusammenhang vor allem unter Bezugnahme auf § 2 Abs. 1 AbwAG und die Begrifflichkeiten in den früheren Landeswassergesetzen darauf abhebt, dass es sich bei dem Niederschlagswasser von bebauten und befestigten Flächen um Abwasser handle. Unklar insoweit auch Knopp, in: Siedler/Zeitler/Dahme/Knopp (Hrsg.), WHG, Stand: Juni 2018, § 25 Rn. 55, der den Anschein erweckt, dass der Begriff des Niederschlagswassers in § 25 Satz 3 Nr. 1 WHG von dem in § 54 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 WHG abweiche. *Niederschlagswasser* i. S. d. § 25 Satz 3 Nr. 1 WHG soll alles atmosphärische Niederschlagswasser (Regen, Tau, Schneeschmelzwasser) sein, solange es noch nicht im Boden eingedrungen (und damit zum Grundwasser geworden) oder in einem Bett gefasst (und damit zum oberirdischen Gewässer geworden) ist.

– selbst bei schadloser Einleitung – nicht mehr geben. Mit einer solchen Nivellierung wäre aber die Möglichkeit der Einstufung einer Einleitung nicht belasteten Niederschlagswassers als Gemeingebrauch vorschnell „geopfert“ und das eigentliche Problem nicht bewältigt.

Das wird auch im Kontext der Regelung des nur für die Küstenländer relevanten § 43 Nr. 1 WHG deutlich: Danach sind die betroffenen Länder²⁶² frei, zu bestimmen, ob das Einleiten von Niederschlagswasser – parallel dazu auch das Grund- und Quellwasser – in ein Küstengewässer abweichend von der Regelerlaubnispflicht gem. § 8 Abs. 1 i. V. m. § 9 Abs. 1 Nr. 4 WHG erlaubnisfrei sein soll. Offen ist dabei, welche Vorgaben aus § 43 Nr. 1 WHG für die Inanspruchnahme der landesrechtlichen Regelungskompetenz folgen. Grundsätzlich scheint man sich einig darüber zu sein, dass – nicht zuletzt vor dem Hintergrund der zu beachtenden und eingrenzend wirkenden internationalen und europäischen Regelungen²⁶³ – der Bundesgesetzgeber den Ländern keinen „Freibrief“ dafür geben wollten, jedes Niederschlagswasser unabhängig von seiner Verschmutzung von der Erlaubnispflicht freizustellen. Vielmehr wird als „ungeschriebene Voraussetzung“, als „argumentum a maiore aus der tatbestandlichen Anforderung an andere Stoffe in § 43 Nr. 2 WHG“²⁶⁴ in die Norm hineingelesen, dass die Möglichkeit, Niederschlagswasser von der Erlaubnispflicht auszunehmen, natürlich nur für „unverschmutztes Wasser“²⁶⁵, für „natürlich vorkommendes und nicht [...] anthropogen verschmutztes Wasser“²⁶⁶ und für „nicht [...] künstlich, insbesondere durch menschliches Zutun verschmutztes Wasser“²⁶⁷ in Betracht kommen soll. Ausgehend davon, dass gemäß der Definition des Niederschlagswassers in § 54 Abs. 1 WHG immer anthropogenes Verhalten (das Befestigen, Bebauen, Versiegeln von Flächen) Auslöser dafür ist, dass Niederschläge jeder Art zu Niederschlagswasser i. S. d. WHG und damit zugleich zu Abwasser werden, bleibt fraglich,

²⁶² Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen und Schleswig-Holstein, nicht dagegen Bremen, weil das Gebiet der Weser gemäß Anlage 1 Nr. 64 WaStrG eine Binnenwasserstraße des Bundes darstellt, womit Bremen keine Regelungskompetenz hinsichtlich der Küstengewässer zukommt.

²⁶³ Z. B. Übereinkommen über den Schutz der Meeresumwelt des Ostseegebiets und des Nordostatlantiks, BGBl. II 1994/1355; Übereinkommen von London über die Verhütung der Meeresverschmutzung durch das Einbringen von Abfällen und anderen Stoffen vom 29.12.1972, BGBl. II 1977/1492; Richtlinie 2007/71/EG der Kommission vom 13.12.2007 zur Änderung von Anhang II der Richtlinie 2000/59/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über Hafenauffangeinrichtungen für Schiffsabfälle und Ladungsrückstände, ABl. L 329 vom 14.12.2007, S. 33; vertiefend Sanden, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, Stand: April 2019, § 43 WHG Rn. 10.

²⁶⁴ Gößl, in: Siedler/Zeidler/Dahme/Knopp, WHG, Stand: Juni 2018, § 43 Rn. 45.

²⁶⁵ Sanden, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, Stand: April 2019, § 43 WHG Rn. 14.

²⁶⁶ Proelß, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, Stand: September 2018, § 43 WHG Rn. 26.

²⁶⁷ Gößl, in: Siedler/Zeidler/Dahme/Knopp, WHG, Stand: Juni 2018, § 43 Rn. 45.

welchen Regelungs- und Anwendungsbereich § 43 Nr. 1 Alt. 3 WHG dann überhaupt noch für die ermächtigten Landesgesetzgeber bereithält.

Nur wenn das geklärt ist, wäre prüfbar, ob die von den Ländern in Ausfüllung des § 43 Nr. 1 WHG erlassenen Bestimmungen formell und materiell rechtmäßig sind. Bis auf § 80 Niedersächsisches Wassergesetz (NWG), der unter Wiederholung des Wortlautes von § 43 Nr. 1 WHG das Einleiten von Niederschlagswasser generell erlaubnisfrei gestellt hat, versuchen die Landesgesetzgeber, jeweils nur bestimmtes Niederschlagswasser von der Erlaubnisfreistellung zu erfassen:

- § 14a Hamburgisches Wassergesetz (HWaG):
 - „Für folgende Benutzungen der Küstengewässer ist eine Erlaubnis oder Bewilligung nicht erforderlich: [...]
 - 3. das Einleiten von Niederschlagswasser von landwirtschaftlich, gärtnerisch oder ausschließlich zum Wohnen benutzten Grundstücken, wenn es keine schädlichen Bestandteile enthält und nicht mittels gemeinsamer Anlagen abgeleitet wird.“
- § 21 Wassergesetz des Landes Schleswig-Holstein (WasG SH):
 - „(1) Eine Erlaubnis, eine gehobene Erlaubnis oder eine Bewilligung ist nicht erforderlich für Benutzungen [...]
 - 2. der Küstengewässer [...]
 - c) durch das Einleiten von Niederschlagswasser von
 - aa) reinen Wohngrundstücken und Flächen mit hinsichtlich der Niederschlagswasserbelastung vergleichbarer Nutzung und
 - bb) anderen Flächen in reinen und allgemeinen Wohngebieten bis zu einer befestigten Fläche von 5.000 m²,
 - 3. des Grundwassers
 - a) durch das Einleiten von Niederschlagswasser mittels Versickerung über eine belebte Bodenzone von
 - aa) reinen Wohngrundstücken und Flächen mit hinsichtlich der Niederschlagswasserbelastung vergleichbarer Nutzung und
 - bb) anderen Flächen in reinen und allgemeinen Wohngebieten bis zu einer befestigten Fläche von 1.000 m²,
 - cc) ländlichen Wegen im Sinne von § 3 Abs. 1 Nr. 4 des Straßen- und Wegegesetzes des Landes Schleswig-Holstein, [...]

Das Einleiten von Niederschlagswasser nach Nr. 3 Buchst. a darf nur außerhalb von Wasser- und Heilquellenschutzgebieten und außerhalb von Altlasten, altlastverdächtigen Flächen, Flächen mit schädlicher

Bodenveränderung und Verdachtsflächen im Sinne des Bundes-Bodenschutzgesetzes (BBodSchG) (...) erfolgen.“

- § 23 Wassergesetz des Landes Mecklenburg-Vorpommern (LWaG):
 „In den Küstengewässern ist eine Erlaubnis oder Bewilligung nicht erforderlich für [...]
 2. das Einleiten von [...] Niederschlagswasser, sofern es nicht Stoffe enthält, die Eigenschaften der Küstengewässer nachteilig verändern können.“

Diese landesrechtlichen Regelungen, die im Sinne der Kommentierungen zu § 43 Nr. 1 WHG allesamt von der „ungeschriebenen Voraussetzung“ getragen sind, dass nicht jedes verschmutzte Niederschlagswasser zur Erlaubnisfreiheit führen darf, sondern nur das Niederschlagswasser, das bestimmte Qualitätsmerkmale erfüllt, gehen ganz unterschiedlich an diese Aufgabe heran. Offenkundig ist dabei, dass die Länder, obwohl ein und dasselbe Ziel – der Schutz der Küstengewässer – zu erreichen ist, voneinander abweichende Anknüpfungspunkte wählen. Während § 14a Nr. 3 HWaG und § 21 Abs. 1 Nr. 2c) WasG SH in wiederum ganz unterschiedlicher Art und Weise an die Nutzungsart der Flächen anknüpfen, von denen das Niederschlagswasser stammt, betrachtet § 23 LWaG M-V ausschließlich das Küstengewässer, in das eingeleitet werden soll und das sich durch die Einleitung nicht nachteilig verändern darf.

Dass die unterschiedlichen Vorgehensweisen im Ergebnis nicht gleichermaßen geeignet sind, die aquatische Umwelt zu schützen, liegt auf der Hand und offenbart neben den zahlreichen Verständnisschwierigkeiten mit dem nicht qualitätsbezogenen Niederschlagswasserbegriff des WHG,²⁶⁸ welchen Bedarf es gibt, nicht nur in Bezug auf das Schmutzwasser, sondern auch hinsichtlich des Niederschlagswassers einheitliche Qualitätsstandards zu formulieren, an die Bundes- und Landesgesetzgeber anknüpfen können.

Denn bislang ist, da für das Niederschlagswasser keine gesetzlich verankerten Qualitätsstufen existieren, eine über eine Einzelfallbewertung hinausgehende generalisierende qua-

²⁶⁸

Problematisch erscheinen z. B. die Ansätze von Sanden, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, Stand: April 2019, § 43 WHG Rn. 14, wonach „das von Niederschlägen aus dem Bereich von befestigten Verkehrsflächen abfließende Wasser (Straßenoberflächenwasser) [...] aufgrund der durch den Straßenverkehr vorhandenen Bestandteile, wie insbesondere Öl-, Benzinreste und Reifenabrieb, nicht mehr als Niederschlagswasser angesehen werden“ kann, und Gößl, in: Siedler/Zeidler/Dahme/Knopp, WHG, Stand: Juni 2018, § 43 Rn. 47, der in Bezug auf das Straßenoberflächenwasser als Niederschlagswasser differenziert zwischen Wasser, das auf nichtbefestigte Straßen mit geringem Verkehr anfällt, und solchem, das von sonstigen Straßen abfließt.

litative Einteilung der Niederschlagswassereinträge nicht möglich. Das erschwert, wie gezeigt, nicht nur die landesgesetzliche Ausfüllung der bundesgesetzlichen Regelungen, sondern auch den Vollzug aller Regelungen, die entsprechend dem Gebot des § 55 Abs. 2 WHG der Umsetzung des Örtlichkeitsprinzips dienen, wenn Niederschlagswasser anfällt und beseitigt werden muss. Helfen würde insoweit, wenn es gelänge, im Wege einer abstrakt-generellen Regelung das von bebauten und befestigten Flächen abfließende Niederschlagswasser entsprechend seiner Herkunft qualitativ zu bewerten, indem es z. B. – ähnlich wie § 14a Nr. 3 HWaG und § 21 Abs. 1 Nr. 2c) WasG SH – nach Herkunftsbe-
reichen, ggf. auch Größe der Fläche/Menge des Abwassers und unter Berücksichtigung mit ihm verbundener Folgewirkungen für das Oberflächengewässer²⁶⁹ (vgl. im Ansatz § 23 LWaG M-V) in unterschiedliche Belastungsklassen (z. B. „unbelastet bis gering belastet“, „schwach bis mittel belastet“, „stark belastet“) untergliedert wird.

Ein solches abstrakt-generelles Pauschalierungsraster für die Niederschlagswassereinträge sollte auf Bundesebene angesiedelt sein, um im Bereich der Niederschlagswasserentsorgung wenigstens im Ausgangspunkt von einheitlichen Qualitätsstandards ausgehen zu können. Die abstrakt-generelle Klassifizierung des Niederschlagswassers könnte außerdem als widerlegbare Vermutungsregelung ausgestaltet werden, um weiterhin begründeten Besonderheiten des Einzelfalles Rechnung tragen zu können. Auf eine solche Typisierung durch den Bundesgesetzgeber könnte in den Ermächtigungsregelungen der §§ 43 Nr. 1, 46 Abs. 2 und 25 Satz 3 Nr. 1 WHG Bezug genommen werden. Sie wäre aber auch ein möglicher Grundstein für bundesweit einheitliche Standards bei der zielgerichteten, ortsbezogenen (Vor-)Behandlung von Niederschlagswasser, um den negativen Auswirkungen für die Oberflächengewässer konsequent zu begegnen.²⁷⁰

Empfehlung:

Der Bundesgesetzgeber sollte eine im Einzelfall widerlegbare bundeseinheitliche Typisierung zur Vereinheitlichung der Qualitätsstandards für das Niederschlagswasser in Anknüpfung an die Herkunft des Niederschlagswassers und unter Berücksichtigung der Auswirkungen auf den Oberflächenwasserkörper festlegen.

²⁶⁹ Niederschlagswasser kann in den Oberflächengewässern unterschiedliche Folgen auslösen, z. B. hydraulischen Stress, hydraulische Stöße, Verschlämmung und Schadstoffanreicherung der Gewässersohle, vermehrte Sauerstoffzehrung, konkrete Schädigung bestimmter Organismen, vgl. zusammenfassend Leitfaden der Stadt Hamburg, Behandlung von Niederschlagswasser öffentlicher Flächen bei Trennkanalisation, S. 5 f.

²⁷⁰ Vgl. dazu auch die Forderungen des NABU, Flussgebietsübergreifende Stellungnahme des NABU zu den Bewirtschaftungsplänen und den Maßnahmenprogrammen der Wasserrahmenrichtlinie (WRRL) – 2. Bewirtschaftungszyklus 2015-2021, S. 8 f.

3.6 Wasserrechtliche Planfeststellungsverfahren/Planungsbeschleunigung

3.6.1 Öffentlichkeitsbeteiligung und Auslegungsfristen

Die Herstellung, Beseitigung und wesentliche Umgestaltung eines Gewässers oder seiner Ufer bedürfen der Planfeststellung durch die zuständige Behörde (§ 68 Abs. 1 i. V. m. § 67 Abs. 2 WHG). Ebenso erfolgt die Zulassung von Ausbau, Neubau und Beseitigung von Bundeswasserstraßen im Wege der Planfeststellung (§ 14 Abs. 1 WaStrG).

Das Planfeststellungsverfahren setzt eine umfangreiche Öffentlichkeitsbeteiligung voraus (§ 73 VwVfG, § 18 Abs. 1 Satz 4 UVP-G, Art. 6 der Richtlinie 2011/92/EU (UVP-Richtlinie)). Die Beteiligungsrechte sind nicht nur verfahrensrechtlich bedeutsam, sondern verfolgen auch das materiell-rechtliche Ziel, das relevante Entscheidungsmaterial vollständig und unter Einbeziehung divergierender Blickwinkel zu erfassen.²⁷¹ Bei dem Bau größerer Stauwerke oder bei umfangreichen Hafentätigkeiten etwa ist die Beteiligung der Öffentlichkeit unverzichtbarer Bestandteil des wasserrechtlichen Planfeststellungsverfahrens.

Bei der Öffentlichkeitsbeteiligung handelt es sich mithin um einen elementaren Verfahrensschritt der Planfeststellung, dessen Notwendigkeit nicht grundsätzlich in Frage gestellt werden kann. Die Beteiligungsrechte müssen zugleich sachgerecht und effizient ausgestaltet sein, um ihre Funktion zu erfüllen. Dies steht einer substantiellen Beschneidung dieser Rechte von vornherein entgegen. So verstieße etwa eine substantielle Verkürzung von Auslegungsfristen gegen Vorgaben des Unionsrechts (s. Art. 6 Abs. 6 der Richtlinie 2011/92/EU (UVP-Richtlinie)). Vollständig kann auf eine Öffentlichkeitsbeteiligung nur verzichtet werden, wenn eine *erneute* Öffentlichkeitsbeteiligung im Falle nachträglicher Änderungen der Planunterlagen in Rede steht. Dies setzt aber voraus, dass zusätzliche erhebliche oder andere erhebliche Umweltauswirkungen nicht zu besorgen sind (vgl. § 22 Abs. 2 UVP-G).

Empfehlung:

Planungs- und Zulassungsverfahren für komplexe Vorhaben können nicht beliebig beschleunigt werden. Insbesondere ist die Öffentlichkeitsbeteiligung bei allen Zulassungsentscheidungen, die einer Umweltverträglichkeitsprüfung bedürfen, aufgrund unionsrechtlicher Vorgaben unverzichtbar und nicht disponibel. Auch eine substantielle Verkürzung der Auslegungsfristen kommt aus unionsrechtlichen Gründen nicht in Betracht.

²⁷¹ S. zu den Funktionen dieser Beteiligungsrechte Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 73 Rn. 7 ff., insb. 11.

3.6.2 Erörterungstermin

Eine spezielle Ausprägung der Öffentlichkeitsbeteiligung ist der Erörterungstermin (vgl. § 73 Abs. 6 VwVfG). Die Durchführung eines Erörterungstermins kann durchaus zweckmäßig, vor allem auch akzeptanzsteigernd, sein. Als nicht sinnvoll erweist er sich aber, wenn der hierfür erforderliche sachliche und zeitliche Aufwand und der von der Erörterung ausgehende Erkenntnisgewinn in keinem angemessenen Verhältnis zueinander stehen.

Die Durchführung eines Erörterungstermins ist weder unionsrechtlich noch verfassungsrechtlich geboten. Die Entscheidung, ob Einwendungen und Stellungnahmen in einem Termin mündlich erörtert werden müssen, obliegt daher dem einfachen Gesetzgeber.

Während der Erörterungstermin nach § 14a Nr. 1 WaStrG – wie bei anderen Infrastrukturgesetzen auch²⁷² – bereits fakultativ ausgestaltet ist, verweisen § 70 Abs. 1 Hs. 2 bzw. § 70 Abs. 2 WHG über § 18 Abs. 1 Satz 4 UVPG auf die allgemeine Regelung des § 73 Abs. 6 VwVfG, die einen derartigen Verzicht auf den Termin nicht zulässt. Dies bedeutet, dass in wasserrechtlichen Planfeststellungsverfahren für einen Gewässerausbau auf die Durchführung eines Erörterungstermins derzeit nicht verzichtet werden kann. Diese Differenzierung dürfte weniger auf inhaltliche Erwägungen als auf unterschiedliche Ressortzuständigkeiten zurückzuführen sein. Auch im Rahmen des Gewässerausbaus sollte daher vorgesehen werden, dass in geeigneten Fällen auf einen Erörterungstermin verzichtet werden kann. Ein solcher Fall kann vorliegen, wenn mit Blick auf die eingegangenen Stellungnahmen keine konkrete Veranlassung für eine terminliche Erörterung besteht und auch nicht zu erwarten ist, dass ein Erörterungstermin Erkenntnisse hervorbringen wird, die nicht ohnehin schon bekannt sind bzw. anderweitig gewonnen werden können.

Empfehlung:

Der Erörterungstermin für wasserrechtliche Planungsfeststellungsverfahren sollte fakultativ ausgestaltet sein. Dies eröffnet der zuständigen Behörde die Möglichkeit, in geeigneten Fällen von der Durchführung eines Erörterungstermins abzusehen.

3.6.3 Elektronische Durchführung der Öffentlichkeitsbeteiligung

Die Einzelheiten der Öffentlichkeitsbeteiligung werden durch das Unionsrecht nicht vorgegeben, sondern in ihrer Ausgestaltung den Mitgliedstaaten überlassen (vgl. Art. 6

²⁷²

S. etwa §§ 17a Nr. 1, 17d Satz 1 FStrG, 10 Abs. 2 Nr. 2 LuftVG.

Abs. 5 UVP-Richtlinie). Das deutsche Verfahrensrecht sieht die Auslegung der Planunterlagen in Papierform in denjenigen Gemeinden vor, in denen sich das Vorhaben voraussichtlich auswirken wird (§ 73 Abs. 2 VwVfG, ggf. i. V. m. § 18 Abs. 1 Satz 4 UVPG). Hierdurch soll den Betroffenen ermöglicht werden, Kenntnis von dem avisierten Vorhaben zu erhalten, um ggf. Einwendungen im Zuge des anschließenden Anhörungsverfahrens zu formulieren. Im Falle des Ausbaus von Bundeswasserstraßen ist typischerweise in mehreren Gemeinden auszulegen. Die Gemeinden müssen die Auslegung vorher ortsüblich bekannt machen, indem sie unter anderem darauf hinweisen, wo und in welchem Zeitraum der Plan zur Ansicht ausliegt (§ 73 Abs. 5 Satz 1 VwVfG).

Nicht nur die eigentliche physische Auslegung der Planunterlagen ist aufwändig und fehleranfällig; auch die ortsübliche Bekanntmachung derselben gibt oft Anlass zu Streitigkeiten, beispielsweise weil die Anforderungen an das geltende Ortsrecht missachtet werden.

Es wäre sinnvoll und zeitgemäß, die Öffentlichkeitsbeteiligung zukünftig vollständig elektronisch durchzuführen. Zwar sieht das geltende Recht bereits eine Veröffentlichung der Unterlagen im Internet durch die Gemeinde (§ 27a Abs. 1 Satz 1 VwVfG), über zentrale Internetportale des Bundes und der Länder (§ 20 UVPG) und nach den durch das Gesetz zur Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren im Verkehrsbereich²⁷³ hinzugekommenen Vorschriften der § 18f AEG, § 17 WaStrG und § 17g FStrG ergänzend auch durch den Vorhabenträger vor. Derartige Bekanntmachungen sind aber bislang nicht als Teil des förmlichen Genehmigungsverfahrens ausgestaltet. Sie dienen der Bürgerinformation und ersetzen die Auslegung in den Gemeinden vor Ort nicht. Die Einführung einer elektronischen Bekanntmachung und Auslegung, die das bisherige Verfahren vollständig ersetzen könnte, zöge Rechtsänderungen im VwVfG und weiteren Fachgesetzen nach sich. Im Sinne der Rechtssicherheit und zur Vorbeugung von Manipulationen müsste hierzu eine hinreichende Dokumentation von Ablauf und Umfang der elektronischen Auslegung sichergestellt werden.

Es handelt sich um eine Forderung, die nicht spezifisch Verfahren nach dem WaStrG und dem WHG betrifft, sondern Planfeststellungsverfahren im Allgemeinen. Die Art der Bekanntmachung und der Einsichtnahme in Planungsunterlagen entspricht unseres Erachtens

²⁷³

Gesetz zur Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren im Verkehrsbereich (FStr-GuaÄndG k.a.Abk.), G. v. 29.11.2018 BGBl. I S. 2237.

insgesamt nicht mehr den Bedürfnissen der Bevölkerung und den durch die weitgehende Digitalisierung der Antragsunterlagen bestehenden Möglichkeiten.

Empfehlung:

Die Öffentlichkeitsbeteiligung bei wasserrechtlichen Planfeststellungsverfahren sollte zukünftig vollständig und ausschließlich elektronisch durchgeführt werden. Sowohl die elektronische Bekanntmachung als auch eine „elektronische Auslegung“ sollten das bisherige Verfahren vollständig ersetzen.

3.6.4 Einführung einer Stichtagsregelung für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage

Die Rechtmäßigkeit einer Zulassungsentscheidung bestimmt sich grundsätzlich nach der Sach- und Rechtslage bei Abschluss des verwaltungsbehördlichen Verfahrens, d. h. im Zeitpunkt der Zulassung.²⁷⁴ Eine (einmal erfolgte) rechtmäßige Zulassung wird daher nicht durch nachträgliche Veränderungen, z. B. eine Änderung des Standes der Technik, rechtswidrig.

Allerdings steht die Planungspraxis gerade im Bereich des Wasserrechts vor der Herausforderung, dass sich im Verlaufe der oft mehrjährigen Planungsverfahren die Sach- und Rechtslage bereits in dem Zeitraum zwischen der Antragstellung und der Zulassungsentscheidung ändern kann. Da allein der Zeitpunkt der behördlichen Zulassung für die Beurteilung ihrer Rechtmäßigkeit maßgeblich ist, müssten die Unterlagen kontinuierlich aktualisiert, grundlegend überarbeitet und teilweise komplett neu erstellt werden. Unterlagen im laufenden Verfahren müssen daher vielfach angepasst werden, was zu einem erheblichen, auch zeitlichen Mehraufwand und entsprechenden Rechtsmittelrisiken führt.

Vor diesem Hintergrund wäre es sinnvoll, zur Beurteilung der Sach- und Rechtslage einen vor der Zulassungsentscheidung liegenden Stichtag festzulegen. Als maßgebliche Zäsur dieser Art käme etwa der Abschluss des Anhörungsverfahrens (Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung) oder sogar das Datum der Einreichung der Antragsunterlagen in Betracht.²⁷⁵

In rechtlicher Sicht sehen sich derartige Reformvorschläge vor die Herausforderung gestellt, dass sie sich in den Grenzen des unionsrechtlich Zulässigen bewegen müssen. So

²⁷⁴ Vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 16.03.2006 – 4 A 1075.04 –, BVerwGE 125, 116, Rn. 491; Urteil vom 17.01.2007 – 9 A 20.05 –, BVerwGE 128, 1, Rn. 70; Urteil vom 13.12.2007 – 4 C 9.06, BVerwGE 130, 83 Rn. 68.

²⁷⁵ Vgl. BMVI, Innovationsforums Planungsbeschleunigung – Abschlussbericht, März 2017, S. 33 f.

verlangt die FFH-Richtlinie 92/43/EWG, dass die Verträglichkeitsprüfung unter „Berücksichtigung der besten einschlägigen wissenschaftlichen Erkenntnisse“ erfolgt, was die Aktualität der Erkenntnisse voraussetzt.²⁷⁶ Dieses Erfordernis dürfte eine Stichtagsregelung weitgehend ausschließen. Eine strenge Handhabung lässt sich dort aber auch durch den Umstand rechtfertigen, dass der Schutz nur in Gebieten eingreift, die gerade zur Wiederherstellung oder Wahrung eines günstigen Erhaltungszustandes der natürlichen Lebensräume und der Arten von gemeinschaftlichem Interesse ausgewiesen wurden. Auf die WRRL, die insbesondere sämtliche Oberflächenwasserkörper im Sinne des Art. 2 Nr. 10 WRRL erfasst, ist dies nicht ohne weiteres übertragbar.²⁷⁷

Die Festlegung eines maßgeblichen, vor dem Zeitpunkt der Zulassungsentscheidung liegenden Stichtags dürfte daher grundsätzlich auch mit den unionsrechtlichen Vorgaben der WRRL vereinbar und vor dem Hintergrund der langwierigen Planungsverfahren auch interessengerecht sein. Es empfiehlt sich dabei unseres Erachtens, derartige Stichtagslösungen zunächst punktuell für einzelne Themenbereiche vorzusehen.²⁷⁸

Empfehlung:

Für Planfeststellungsverfahren nach dem WaStrG und dem WHG sollte ein bereits vor der Zulassungsentscheidung liegender Stichtag als maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage bestimmt werden können. Als maßgebliche Zäsur könnte etwa der Abschluss des Anhörungsverfahrens (Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung) oder sogar bereits das Datum der Einreichung der Antragsunterlagen gelten.

3.6.5 Verzicht auf erneute Öffentlichkeitsbeteiligung

Die Beteiligung der Öffentlichkeit ist, wie bereits vorstehend unter 3.6.1 dargelegt, unverzichtbarer Bestandteil eines Planfeststellungsverfahrens. Die Öffentlichkeit muss grundsätzlich auch dann erneut beteiligt werden, wenn Planunterlagen ergänzt, geändert oder ausgetauscht werden. Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn zusätzliche erhebliche oder andere erhebliche Umweltauswirkungen nicht zu besorgen sind (§ 22 Abs. 2 Satz 1

²⁷⁶ EuGH, Urteil vom 07.09.2004 – Rs. C-127/02 – Waddenvereniging und Vogelsbeschermingvereniging, EU:C:2004:482, Rn. 54.

²⁷⁷ Vgl. zu den unterschiedlichen Maßstäben auch etwa BVerwG, Urteil vom 09.02.2017 – 7 A 2.15 –, juris, Rn. 582.

²⁷⁸ Vgl. beispielhaft nunmehr etwa § 18g AEG zu Änderungen der prognostizierten Verkehrsentwicklung während des laufenden Verfahrens. Das Planfeststellungsverfahren kann hiernach mit der bei Einreichung des Plans prognostizierten Verkehrsentwicklung zu Ende geführt werden, wenn die Auslegung des Plans öffentlich bekannt gemacht worden ist und die Änderung der Beurteilungspegel einen bestimmten Rahmen nicht verlässt.

UVPG). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn solche Umweltauswirkungen durch die vom Vorhabenträger vorgesehenen Vorkehrungen ausgeschlossen werden (§ 22 Abs. 2 Satz 2 UVPG). Dies liegt zum einen darin begründet, dass das Ausbleiben jeglicher, ggf. auch geringfügiger zusätzlicher Umweltauswirkungen oft nicht zuverlässig prognostiziert werden kann. Zum anderen kann eine erneute Auslegung nach der Rechtsprechung aber auch bereits dann erforderlich werden, wenn

„nach Erlass des Planfeststellungsbeschlusses nach Gegenstand, Systematik und Ermittlungstiefe eine neue oder über die bisherigen Untersuchungen wesentlich hinausgehende Prüfung der Umweltbetroffenheiten vorgenommen wird, die für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Vorhabens insgesamt erforderlich ist und ihren Niederschlag in neuen entscheidungserheblichen Unterlagen über die Umweltauswirkungen des Vorhabens findet“.²⁷⁹

Auch hier besteht oft Unsicherheit, ob diese Voraussetzungen im konkreten Fall gegeben sind. Virulent wird dies derzeit namentlich bei der Ergänzung oder Überarbeitung wasserrechtlicher Fachbeiträge. Soweit Zweifel an der Zulässigkeit eines Verzichts auf erneute Auslegung bestehen, liegt es im wohlverstandenen Interesse des Vorhabenträgers und der Planfeststellungsbehörde, eine erneute Öffentlichkeitsbeteiligung durchzuführen. Da dieser Verfahrensschritt auch bei Ausnutzung aller Beschleunigungsmöglichkeiten in der Regel mindestens drei Monate in Anspruch nimmt, ist es gleichwohl nachvollziehbar, dass oft versucht wird, eine – eventuell sogar mehrfache – erneute Auslegung zu vermeiden. Für die Vollzugspraxis ist in dieser Situation wichtig, dass die Voraussetzungen für eine erneute Öffentlichkeitsbeteiligung hinreichend klar geregelt sind. Dies ist derzeit nicht der Fall. Wegen der Vielgestaltigkeit der Sachverhalte ist eine einfache Definition nicht ohne weiteres möglich. Denkbar wäre aber etwa eine praxistaugliche Bestimmung in Ausführungsregelungen zum UVPG.

Die Problematik würde etwas abgemildert, wenn die (erneute) Öffentlichkeitsbeteiligung auch auf rein elektronischem Wege zulässig wird (s. vorstehend 3.6.3). Ferner würde auch eine Stichtagsregelung (s. vorstehend 3.6.4) eine Entlastung bewirken, da die zusätzliche Problematik entfielen, dass die Antragsunterlagen mit zunehmender Verfahrensdauer an Aktualität verlieren – was seinerseits häufig wieder eine Anpassung erforderlich macht

²⁷⁹ Vgl. BVerwG, Urteil vom 28.04.2016 – 9 A 9.15 –, BVerwGE 155, 91, Rn. 34; Urteil vom 27.11.2018 – 9 A 8/17 –, juris, Rn. 54.

und zu einer Anpassungskaskade führt. Auch unabhängig hiervon empfiehlt sich nach unserer Einschätzung aber eine normative Präzisierung der Voraussetzungen, unter denen ein Verzicht auf eine erneute Öffentlichkeitsbeteiligung zulässig ist. Auch insoweit handelt es sich um einen nicht spezifisch wasserrechtlichen Reformvorschlag, sondern um einen solchen, der allgemein UVP-pflichtige Planfeststellungsvorhaben betrifft.

Empfehlung:

Die Voraussetzungen für den Verzicht auf eine erneute Öffentlichkeitsbeteiligung bei nachträglicher Anpassung und Ergänzung von Antragsunterlagen sollten präzisiert werden. Auf diese Weise würde mehr Rechtssicherheit hinsichtlich der Frage geschaffen, wann im Falle einer Änderung des Vorhabens von einer Öffentlichkeitsbeteiligung abgesehen werden kann, und das Verfahren damit insgesamt beschleunigt.

3.6.6 Projektmanager in Planfeststellungsverfahren

In energiewirtschaftlichen Planfeststellungsverfahren kann die Planfeststellungsbehörde seit 2011 einen sog. Projektmanager mit der Vorbereitung und Durchführung von einzelnen Verfahrensschritten beauftragen (s. § 43g EnWG, § 29 NABEG). Das im Dezember 2018 in Kraft getretene Gesetz zur Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren im Verkehrsbereich erstreckt den Einsatzbereich auf weitere Fachplanungsgesetze im Verkehrsbereich (§ 17h FStrG, § 17a AEG und § 14f WaStrG). Das WHG sieht den Einsatz von Verfahrensmanagern hingegen noch nicht vor. Zwar besteht auch ohne gesetzliche Regelung die Möglichkeit des Einsatzes von Verwaltungshelfern. Die Funktion des Projektmanagers reicht jedoch weiter und die ersten Erfahrungen zeigen, dass die gesetzliche Verankerung zu einem verstärkten Einsatz führen.

Zu den Aufgaben eines Projektmanagers gehört unter anderem die Erstellung von Verfahrensleitplänen unter Bestimmung von Verfahrensabschnitten und Zwischenterminen, die Fristenkontrolle, die Koordinierung von erforderlichen Sachverständigengutachten, die erste Auswertung der eingereichten Stellungnahmen sowie die organisatorische Vorbereitung und Leitung des Erörterungstermins. Die diesbezüglich anfallenden Kosten trägt der Vorhabenträger.

Zwar verbleibt die eigentliche Entscheidung über den Planfeststellungsantrag bei der Planfeststellungsbehörde. Gerade wenn die Behörde mit derartigen Verfahren nur selten betraut ist, kann die Heranziehung externer Unterstützung aber zur Beschleunigung und Qualitätsverbesserung beitragen. Ob dies tatsächlich der Fall ist, hängt in erster Linie von

der Auswahl eines geeigneten, d. h. hinreichend erfahrenen und kompetenten sowie der Neutralität verpflichteten Projektmanagers ab.

Die Möglichkeit des Einsatzes eines Projektmanagers wäre auch für Planfeststellungsverfahren nach dem WHG wünschenswert.

Empfehlung:

Auch im Rahmen des WHG sollte die Planfeststellungsbehörde einen Projektmanager mit der Vorbereitung und Durchführung von Verfahrensschritten betrauen können. Auch dies könnte zu einer Beschleunigung der Verfahren und darüber hinaus zu einer Verbesserung der Qualität der behördlichen Abschlussentscheidung beitragen.

3.6.7 Personelle Ausstattung der zuständigen Behörden

Ein weiterer Faktor, der neben der hier nicht näher zu betrachtenden Dauer gerichtlicher Verfahren ganz wesentlich zur Verzögerung von Planungen beiträgt, ist schließlich die häufig unzureichende personelle Ausstattung der Behörden.

Es handelt sich nicht um eine Besonderheit wasserrechtlicher Planfeststellungsverfahren, sondern um ein in umwelt- und planungsrechtlichen Verfahren allgemein zu beobachtendes Phänomen. Die Folgen personeller Einsparungen und fehlender fachlicher Fortbildung treten aber gerade in solchen Verfahren besonders deutlich zu Tage, in denen rechtlich und fachlich hochkomplexe Zusammenhänge zu beurteilen sind. Hierzu zählt die rechtliche Bewertung wasserrechtlicher Sachverhalte in besonderem Maße, gleich ob sie im Kontext wasserrechtlicher oder anderer, etwa fernstraßenrechtlicher, Planfeststellungen erfolgt. Die Planfeststellungsbehörde ist hier auf eine fristgerechte und zutreffende Bewertung der zuständigen Wasserbehörden angewiesen, zumal die Besonderheit besteht, dass die von der Planfeststellungsbehörde zu treffende (§ 19 Abs. 1 WHG) Entscheidung über die Erteilung wasserrechtlicher Erlaubnisse und Bewilligungen das Einvernehmen der zuständigen Wasserbehörde erfordert, soweit die Planfeststellungsbehörde keine Bundesbehörde ist (§ 19 Abs. 3 WHG). Dieses – sachlich u. E. ebenfalls kritisch zu sehende – Einvernehmenserfordernis führt nicht selten zu erheblichen zeitlichen Verzögerungen. Die Planfeststellungsbehörde ist hier in besonderem Maße auf eine zuverlässige und fachgerechte Beurteilung der zuständigen Wasserbehörde angewiesen.

Dass Einsparungen bis hin zum Abbau ganzer Behördenstrukturen zwar zunächst Entlastungen des Haushalts nach sich ziehen können, vielfach aber zu erheblichen Defiziten im

Verwaltungsvollzug führen, wird zunehmend erkannt.²⁸⁰ Wie die bisherigen Erfahrungen in anderen Bereichen (z. B. im Vollzug des NABEG) zeigen, ist der Neu- oder Wiederaufbau kompetenter Behörden mit erfahrenen Mitarbeitern aber zeitaufwendig. Die von einer Verstärkung der personellen Ressourcen (Neueinstellungen, Abordnungen, Einrichtung neuer Fachbehörden etc.) ausgehenden Vorteile zeigen sich daher häufig erst mit einer gewissen Phasenverschiebung. Dies verstärkt die Notwendigkeit, den (Wieder-)Aufbau funktionsfähiger Verwaltungsstrukturen rechtzeitig anzugehen.

Empfehlung:

Die für den Vollzug wasserrechtlicher Vorschriften zuständigen Umweltverwaltungen sollten personell so ausgestattet sein, dass sie die ihnen übertragenen Aufgaben sachgerecht und ohne vermeidbare Verzögerungen erledigen können. Das macht in vielen Verwaltungen eine deutliche Aufstockung der personellen Ressourcen erforderlich.

3.7 Umgang mit wassergefährdenden Stoffen

3.7.1 Anforderungen an die Rückhaltung und an die Entwässerung bei ortsfesten Anlagen

3.7.1.1 Privilegierung von Umschlaganlagen (§ 62 Abs. 1 Satz 3 WHG)

§ 62 Abs. 1 Satz 3 Alt. 1 WHG enthält eine Privilegierung für Anlagen zum Umschlagen wassergefährdender Stoffe. Im Unterschied zu sonstigen Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen gemäß § 62 Abs. 1 Satz 1 WHG (wie Anlagen zum Lagern, Abfüllen, Herstellen und/oder Behandeln wassergefährdender Stoffe) gilt nicht der Besorgnisgrundsatz²⁸¹, sondern inhaltlich geringfügigere Anforderungen.²⁸² Dass es sich hierbei um eine Privilegierung von Umschlaganlagen handelt, geht aus dem insoweit irreführenden Wortlaut („bestmöglicher Schutz“) nicht hervor.²⁸³ Mit der Privilegierung soll insbesondere der Schiffsumschlag nicht durch unverhältnismäßige anlagebezogene Zulas-

²⁸⁰ Vgl. BMVI, Innovationsforums Planungsbeschleunigung – Abschlussbericht, März 2017, S. 13 f.

²⁸¹ Grundlegend zum Besorgnisgrundsatz BVerwG, Urteil vom 12.09.1980 – IV C 89.77 –, ZfW 1981, 87, 88 f.; Urteil vom 16.07.1965 – IV C 54.65 –, ZfW 1965, 113, 115 f.; Urteil vom 26.06.1970 – IV C 99.67 –, ZfW 1971, 109 (112); vgl. hierzu Meyer, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, Stand: September 2018, § 62 Rn. 21.

²⁸² BT-Drs. 16/12275, S. 70; VG Ansbach, Urteil vom 07.09.2011 – AN 15 K 11.01010 –, ZfW 2012 165, 166; Meyer, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, Stand: September 2018, § 62 Rn. 22 und 25; Czychowski/Reinhardt, WHG, 12. Aufl. 2019, § 62 Rn. 37.

²⁸³ So ebenfalls Meyer, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, Stand: September 2018, § 62 Rn. 25.

sungsanforderungen belastet werden, die in der Praxis zu einer Unmöglichkeit des Anlagenbetriebes führen würden.²⁸⁴ Der Bundesgesetzgeber hat also erkannt, dass die abstrakten Vorgaben für den Umgang mit wassergefährdenden Stoffen bei Umschlaganlagen, die sich – soweit das direkte Laden und Löschen von Schiffen betroffen ist (vgl. § 2 Abs. 23 AwSV, s. hierzu noch nachstehend unter 3.7.2.1)²⁸⁵ – naturgemäß in unmittelbarer räumlicher Nähe zu oberirdischen Gewässern befinden, zu unpraktikablen Ergebnissen mit unverhältnismäßigen Einschränkungen des an sich gewollten Binnenschiffsverkehrs führen könnte. In der Rechtsprechung ist daher insbesondere für Umschlagplätze anerkannt, dass diesen

„mit Rücksicht auf die Besonderheit einer solchen Anlage gewisse Erleichterungen gegenüber den Anforderungen an Anlagen nach § 62 Abs. 1 Satz 1 WHG einzuräumen sind, weil andernfalls für das Wirtschafts- und Gesellschaftsleben notwendige Vorgänge in nicht vertretbarem Umfang eingeschränkt würden.“²⁸⁶

Der Wortlaut von § 62 Abs. 1 Satz 3 WHG fordert für Umschlaganlagen die Erreichung des „bestmöglichen Schutzes der Gewässer“. Diese Formulierung wird der bezweckten Privilegierungswirkung nicht hinreichend gerecht. Sie kann im Einzelfall dazu führen, dass die zuständigen Wasserbehörden von einem unzutreffenden strengen Prüfungsmaßstab ausgehen und im schlechtesten Fall die Genehmigung für eine an sich genehmigungsfähige Anlage versagen.

Empfehlung:

Die Privilegierungsvorschrift für Anlagen zum Umschlag wassergefährdender Vorschriften in § 62 Abs. 1 Satz 3 Alt. 1 WHG sollte auch in ihrem Wortlaut klar zum Ausdruck bringen, dass der Gesetzgeber für diese Anlagen geringere Zulassungsanforderungen stellt. Die Vorschrift sollte zudem die in der Rechtsprechung festgelegten Konkretisierungen aufgreifen.

Die Vorschrift könnte wie folgt formuliert werden:

²⁸⁴ BT-Drs. 16/12275, S. 70; Meyer, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, Stand: September 2018, § 62 Rn. 25.

²⁸⁵ Eine eigenständige Definition des Umschlaganlagenbegriffes kennt das WHG nicht.

²⁸⁶ OVG Schleswig-Holstein, Urteil vom 23.06.2011 – 4 LB 2.10 –, juris, Rn. 36; VG Düsseldorf, Beschluss vom 26.05.2015 – 17 L 1099.15 –, juris, Rn. 33.

Regelungsvorschlag:**§ 62 Anforderungen an den Umgang mit wassergefährdenden Stoffen.**

(1) [...] ³Für Anlagen zum Umschlagen wassergefährdender Stoffe [...] gilt Satz 1 mit der Maßgabe, dass bei den Anforderungen an die Beschaffenheit von Umschlaganlagen insbesondere die Bedeutung der Umschlaganlage für das Wirtschafts- und Gesellschaftsleben abwägend zu berücksichtigen ist.

3.7.1.2 Wasserhaushaltsrechtlicher Begriff der Umschlagsanlage

Das WHG enthält zwar in § 62 Abs. 1 Satz 3 Alt. 1 die vorstehend genannte Privilegierung von Umschlaganlagen. Eine Definition des Umschlagbegriffes kennt das WHG hingegen nicht.²⁸⁷ Es bleibt daher unklar, ob etwaige Konkretisierungen auf der Ebene der AwSV, soweit sie auf einer vergleichsweise engen Auslegung des Umschlagbegriffes basieren, die gesetzgeberisch bezweckte Privilegierung von Umschlaganlagen vollständig abdecken. Daher wäre es auch aus der Sicht einer einheitlichen Anwendungspraxis vorteilhaft, wenn der Begriff im WHG selbst definiert wird.

Die Privilegierung des § 62 Abs. 1 Satz 3 Alt. 1 WHG sollte dabei dem Sinn und Zweck der Norm und der gesetzgeberischen Intention entsprechend nicht auf Umschlaganlagen i. S. d. § 2 Abs. 23 AwSV beschränkt sein.²⁸⁸ Sie sollte darüber hinausgehend auch Anlagen des intermodalen Verkehrs i. S. d. § 2 Abs. 24 AwSV und dabei u. a. auch Roll on/Roll off-Anlagen an Binnenhäfen erfassen, also Anlagen, an denen ein Transportmittel, in der Regel ein LKW, auf den anderen, in der Regel ein Schiff, über Rampen auffährt. Denn die Errichtung und der Betrieb dieser Anlagen sind regelmäßig mit geringeren Gewässergefährdungen verbunden als z. B. das Laden und Löschen von Schiffen mit Schüttgütern über Portalkrane oder Flurbeförderungsfahrzeuge.

Teil der wasserhaushaltsrechtlichen Umschlaganlage sollten zudem die in § 2 Abs. 23 Satz 2 AwSV genannten Flächen für kurzfristige Zwischenlagerungen sein. Diese sind insbesondere aufgrund der wasserstandsbedingten Einschränkungen der Binnenschifffahrt in der Praxis von großer Bedeutung. Dabei sollte entsprechend dem Sinn und Zweck der Privilegierungsvorschrift und den Erfordernissen der Umschlagpraxis die in § 2 Abs. 23 Satz 2 AwSV enthaltene Beschränkung auf die Zwischenlagerung von wasserge-

²⁸⁷ Czychowski/Reinhardt, WHG, 12. Aufl. 2019, § 62 Rn. 37 ff.

²⁸⁸ Vgl. hierzu Czychowski/Reinhardt, WHG, 12. Aufl. 2019, § 62 Rn. 38.

fährdenden Stoffen in Behältern und Verpackungen entfallen, um die in der Binnenschifffahrt ebenfalls bedeutsame kurzfristige Zwischenlagerung von Schüttgütern nicht unverhältnismäßig einzuschränken.

Empfehlung:

Der Anwendungsbereich von § 62 Abs. 1 Satz 3 Alt. 1 WHG ist gesetzlich zu konkretisieren bzw. zu erweitern. Der wasserhaushaltsrechtliche Begriff der Umschlaganlage gemäß § 62 Abs. 1 Satz 3 WHG sollte in § 3 WHG legaldefiniert werden. Umfasst sein sollten neben den in § 2 Abs. 23 AwSV genannten Anlagen auch Anlagen des intermodalen Verkehrs gemäß § 2 Abs. 24 AwSV sowie Flächen für umschlagbedingte kurzfristige Zwischenlagerungen von unverpackten wassergefährdenden Stoffen.

3.7.1.3 Öffnungsklausel für strengere landesrechtliche Vorschriften (§ 62 Abs. 5 WHG)

Gemäß § 62 Abs. 5 WHG bleiben „weitergehende landesrechtliche Vorschriften für besonders schutzbedürftige Gebiete“ unberührt. Es stellt sich daher die Frage, ob die Privilegierung von Umschlaganlagen gemäß § 62 Abs. 1 Satz 3 WHG etwa durch Wasserschutzgebietsverordnungen oder durch die Festlegung von Überschwemmungsgebieten²⁸⁹ ganz oder teilweise außer Kraft gesetzt werden kann, wenn das jeweilige Landeswassergesetz dies zulässt oder ausdrücklich regelt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass eine landesrechtliche Einschränkung der Privilegierung von Umschlaganlagen ohne die Regelung in § 62 Abs. 5 WHG schon wegen der Rückausnahme von der alternierenden Gesetzgebungskompetenz für anlagenbezogene Regelungen gemäß Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 GG aus kompetenzrechtlichen Gründen ausgeschlossen wäre (vgl. hierzu vorstehend unter 3.4).

Die Rechtsprechung geht davon aus, dass etwa die Regelungen von landesrechtlich festgelegten Wasserschutzgebietsverordnungen grundsätzlich neben § 62 WHG anwendbar seien. Dies ergebe sich unmittelbar aus § 62 Abs. 5 WHG. Das WHG überlasse es den Ländern insoweit ausdrücklich, dem in bestimmten Gebieten bestehenden besonderen Schutzbedürfnis für Gewässer durch besondere generelle oder spezielle Bestimmungen Rechnung zu tragen und an Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen weitergehende Anforderungen zu stellen.²⁹⁰ Jedenfalls der aktuelle Wortlaut von § 62

²⁸⁹ Vgl. zu den besonders schutzbedürftigen Gebieten Czychowski/Reinhardt, WHG, 12. Aufl. 2019, § 62 Rn. 57.

²⁹⁰ VG Düsseldorf, Beschluss vom 26.05.2015 – 17 L 1099.15 –, juris, Rn. 57; Czychowski/Reinhardt, WHG, 12. Aufl. 2019, § 62 Rn. 56 ff.

Abs. 5 WHG, der keine Einschränkungen zugunsten der nach Bundesrecht privilegierten Anlagen gemäß § 62 Abs. 1 Satz 3 WHG enthält, stützt diese Auslegung. Nach dieser Lesart steht es dem Landesrecht offen, die Privilegierung für Umschlaganlagen z. B. für Wasserschutzgebiete und für Überschwemmungsgebiete vollständig aufzuheben und sogar über den Besorgnisgrundsatz hinausgehende Regelungen bis hin zu abstrakten Verboten von Umschlaganlagen festzulegen. Dies mag im Hinblick auf die besonders schutzbedürftigen Schutzzonen 1 und 2 von Wasserschutzgebieten und die insofern vergleichsweise geringe tatsächliche Einschränkung von Umschlagplätzen an Binnenhäfen und anderen wasserbezogenen Umschlagplätzen nachvollziehbar sein. Insbesondere bei festgesetzten Überschwemmungsgebieten, von denen sehr viele Binnenhäfen und andere Umschlagplätze betroffen sind, sieht dies anders aus. Hier gelten schon nach Bundesrecht die Vorgaben des § 50 AwSV. Aus welchem Grund hier gewisse Erleichterungen für Umschlaganlagen z. B. im Vergleich zu Anlagen für die dauerhafte Lagerung von wassergefährdenden Stoffen nicht gelten sollten, erschließt sich insbesondere vor dem Hintergrund der mit der Privilegierung von § 62 Abs. 1 Satz 3 WHG verfolgten Sicherung von für das Wirtschaftsleben notwendigen Vorgängen nicht. Aus diesen Gründen bedarf es einer differenzierenden Einschränkung der landesrechtlichen Öffnungsklausel des § 62 Abs. 5 WHG für Umschlaganlagen in festgesetzten und vorläufig gesicherten Überschwemmungsgebieten.

Auch eine Differenzierung zwischen den unterschiedlichen Schutzzonen von Wasserschutzgebieten ist erwägenswert. Die AwSV enthält eine solche Differenzierung bereits aufgrund der Legaldefinition des Begriffes „Schutzgebiete“ in § 2 Abs. 32 Satz 2 AwSV. Hiernach gelten die Schutzzonen IIIB von Wasserschutzgebieten nicht als Schutzgebiete i. S. d. AwSV. § 62 Abs. 5 WHG ermöglicht es den Bundesländern gleichwohl, weitergehende Anforderungen an Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen für alle Schutzzonen von Wasserschutzgebieten einzuführen.

Empfehlung:

Die Öffnungsklausel des § 62 Abs. 5 WHG sollte dahingehend eingeschränkt werden, dass die landesrechtlichen Regelungen der Privilegierung von Umschlaganlagen i. S. d. § 62 Abs. 1 Satz 3 WHG hinreichend Rechnung tragen müssen. Insbesondere sollten bei der Festlegung von Überschwemmungsgebieten – über § 50 AwSV hinausgehend – für Umschlagplätze keine Maßnahmen auferlegt werden, die die Zulassung von Umschlaganlagen weiter einschränken. Ähnliches sollte auch für die Schutzzonen IIIA und IIIB von Wasserschutzgebieten erwogen werden.

3.7.2 Anforderungen an Lager- und Umschlagflächen sowie an Umschlaganlagen des intermodalen Verkehrs

3.7.2.1 Privilegierung von Umschlagflächen

Die AwSV konkretisiert in Kapitel 3 die allgemeinen Anforderungen an Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen (vgl. § 2 Abs. 9 AwSV), also insbesondere die Anforderungen an die Rückhaltung wassergefährdender Stoffe, an die Entwässerung, an Auffangeinrichtungen sowie die Pflichten bei Betriebsstörungen (§§ 17 ff. AwSV). Daneben gelten im räumlichen Geltungsbereich von Schutzgebieten und Überschwemmungsgebieten die weiteren anlagebezogenen Anforderungen gemäß §§ 49 und 50 AwSV. Für bestimmte Anlagenarten sieht die AwSV in Abschnitt 3 besondere Anforderungen vor, die gegenüber den allgemeinen Vorgaben der §§ 17 ff. AwSV vorrangig gelten (§ 25 ff. AwSV). Hierzu zählen u. a. die Privilegierungen zugunsten von Umschlagflächen für wassergefährdende Stoffe (§ 28 AwSV i. V. m. § 2 Abs. 23 AwSV), von Umschlaganlagen des intermodalen Verkehrs (§ 29 AwSV i. V. m. § 2 Abs. 24 AwSV) sowie von Anlagen zum Laden und Löschen von Schiffen mit wassergefährdenden Stoffen (§ 30 AwSV).

Die AwSV differenziert in § 28 für Umschlaganlagen zwischen den Anforderungen an Umschlagflächen (vgl. hierzu die Definition in § 2 Abs. 18 AwSV) und an Verkehrsflächen, die dem Rangieren von Transportmitteln dienen. Für Verkehrsflächen von Umschlaganlagen gilt dabei gemäß § 28 Abs. 2 AwSV, dass über die betrieblichen Anforderungen hinaus keine Anforderungen an die Rückhaltung und die Entwässerung gelten. Die Umschlagflächen für flüssige wassergefährdende Stoffe müssen flüssigkeitsundurchlässig sein und das Niederschlagswasser ist ordnungsgemäß als Abwasser zu entsorgen. Bei Umschlagflächen für feste wassergefährdende Stoffe bedarf es einer Rückhaltung nicht, wenn sich die Stoffe entweder in festverschlossenen Behältern bzw. Verpackungen oder in geschlossenen bzw. vor Witterungseinflüssen geschützten Räumen befinden und die Bodenfläche den betriebstechnischen Anforderungen genügt. In den Regelungen für Umschlaganlagen gemäß § 28 AwSV fehlt jedoch ein Verweis auf § 26 Abs. 2 AwSV, also für Anlagen, bei denen der Zutritt von Niederschlagswasser oder von anderem Wasser nicht unter allen Betriebsbedingungen verhindert werden kann. Es erklärt sich nicht, warum diese Privilegierung, die für andere Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen (wie z. B. für Anlagen zur dauerhaften Lagerung) gilt, für Umschlaganlagen nicht gelten soll.

Empfehlung:

Bei Umschlagflächen für feste wassergefährdende Stoffe sollte eine Rückhaltung unter den Voraussetzungen des § 26 Abs. 2 AwSV nicht erforderlich sein, wenn der Zutritt von Niederschlagswasser oder anderem Wasser nicht unter allen Betriebsbedingungen verhindert werden kann. In Betracht kommt dabei ein Verweis auf § 26 Abs. 2 AwSV in § 28 Abs. 2 AwSV.

3.7.2.2 Kurzfristige Zwischenlagerungen von unverpackten Schüttgütern

§ 14 Abs. 4 Satz 2 AwSV stellt klar, dass Flächen, auf denen Behälter bzw. Verpackungen mit wassergefährdenden Stoffen vorübergehend im Zusammenhang mit dem Transport abgestellt werden, keine Lageranlagen sind, sondern der Umschlaganlage zuzuordnen sind. Der Verordnungsgeber wollte mit dieser Festlegung die Begriffsbestimmung in § 2 Abs. 23 Satz 2 AwSV auch für die Abgrenzung von Umschlag- zu Lageranlagen übernehmen.²⁹¹ In der Praxis fallen jedoch auch bei unverpackten wassergefährdenden Stoffen (z. B. bei Schüttgütern wie Flussspat) transportbedingt kurzfristige Zwischenlagerungen in Binnenhäfen oder anderen Umschlagplätzen an. Die hierfür genutzten Anlagen sind aufgrund ihres engen funktionalen Zusammenhangs ebenfalls Anlagenteile der Umschlaganlage (vgl. § 14 Abs. 2 AwSV).²⁹² Die Spezialregelungen gemäß § 30 AwSV genügen hierfür nicht, da in Binnenhäfen und anderen Umschlagsplätzen an Gewässern regelmäßig verpackte und unverpackte Güter wie Schüttgüter, Schrott etc. umgeschlagen und zwischengelagert werden. Aus diesen Gründen sollten die Privilegierungen für Umschlagflächen in § 28 AwSV auch auf diese Anlagen zur kurzfristigen Zwischenlagerung von unverpackten (leicht) wassergefährdenden Schüttgütern erweitert werden.

Dabei gilt in zeitlicher Hinsicht die Einschränkung, dass Teil der Umschlaganlage nur Flächen für transportbedingte kurzfristige Zwischenlagerungen sein können (Abgrenzung von gewöhnlichen Lageranlagen). Bei der Beurteilung dieses Zusammenhangs müssen nach der Rechtsprechung die Vielgestaltigkeit denkbarer Transportkonstellationen, die Örtlichkeiten sowie mögliche Gründe für Verzögerungen bei der Weiterbeförderung berücksichtigt werden.²⁹³

²⁹¹ BR-Drs. 144/16, S. 145; Kieserling, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, Stand: September 2018, § 28 AwSV Rn. 10.

²⁹² Vgl. Kieserling, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, Stand: September 2018, § 14 AwSV Rn. 22.

²⁹³ OVG NRW, Urteil vom 08.06.2005 – 8 A 3745.03 –, juris, Rn. 77.

Empfehlung:

§ 28 Abs. 1 AwSV sollte auch auf Anlagen zur kurzfristigen Zwischenlagerung von unverpackten (leicht) wassergefährdenden Stoffen anwendbar sein.

3.7.2.3 Privilegierung von Verkehrsflächen

Für die Verkehrsflächen von Umschlaganlagen, also die vor allem dem Rangieren von Transportmitteln dienenden Flächen, über denen kein Umschlaggut frei bewegt wird, gilt gemäß § 28 Abs. 2 AwSV, dass über die betrieblichen Anforderungen hinaus keine Anforderungen an die Rückhaltung und die Entwässerung gestellt werden. Mit dieser Regelung soll für reine Verkehrsflächen allein das Transportrecht gelten. Der Verordnungsgeber wollte mit dieser Klarstellung die im Vollzug kontrovers geführte Diskussion beenden, ob das Rangieren von Transportmitteln und Gleise, auf denen dabei Waggonen mit wassergefährdender Ladung stehen können, unter die AwSV fallen.²⁹⁴

Dieser Intention wird die Regelung des § 28 Abs. 2 AwSV nicht vollumfänglich gerecht, da sie sich nur auf Verkehrsflächen bezieht, die dem Rangieren von „Transportmittel[n] mit Transportbehältern und Verpackungen mit wassergefährdenden Stoffen dienen“. Verkehrsflächen, die auch dem Umschlag von (leicht) wassergefährdenden Schüttgütern dienen, sind daher nicht umfasst. Auch hier ist zu berücksichtigen, dass in Binnenhäfen und anderen Umschlagsplätzen an Gewässern regelmäßig verpackte und unverpackte Güter umgeschlagen und zwischengelagert werden. Die Sonderregelung in § 30 AwSV enthält ebenfalls keinen Verweis auf § 28 Abs. 2 AwSV. Für diese Anlagen stellt sich die Diskussion daher weiterhin, obwohl auch auf diesen Flächen kein Umschlaggut frei bewegt wird. Insofern ist es konsequent, auch für diese Anlagenarten den Vorrang des Transportrechts festzuschreiben. Dies sollte durch eine entsprechende Modifizierung von § 28 Abs. 2 AwSV erfolgen.

Empfehlung:

Die Privilegierung in § 28 Abs. 2 AwSV sollte auch für Verkehrsflächen gelten, auf denen Transportmittel mit unverpackten (leicht) wassergefährdenden Stoffen und abgedeckten Schüttgütern rangieren.

294

BR-Drs. 144/16, S. 160; Kieserling, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, Stand: September 2018, § 28 AwSV Rn. 12.

3.7.2.4 Umschlaganlagen des intermodalen Verkehrs

Gemäß § 2 Abs. 24 AwSV umfasst der intermodale Verkehr den Transport von Gütern in ein und derselben Ladeeinheit oder demselben Straßenfahrzeug mit zwei oder mehr Verkehrsträgern, wobei ein Wechsel der Verkehrsträger, aber kein Umschlag der transportierten Güter selbst erfolgt. Entscheidend ist hierbei nach der Verordnungsbegründung, dass die Ladeeinheiten beim Umschlagen nicht geöffnet werden.²⁹⁵ Die AwSV sieht für „Umschlaganlagen des intermodalen Verkehrs“ vorrangige Sonderregelungen in § 29 Abs. 1 und Abs. 2 vor. Hiernach müssen die Umschlagflächen in Beton- und Asphaltbauweise befestigt sein,²⁹⁶ so dass dort kein Niederschlagswasser an der Unterseite austritt, anfallendes Niederschlagswasser muss ordnungsgemäß als Abwasser beseitigt werden und es bedarf einer flüssigkeitsundurchlässigen Havariefläche.

§ 29 AwSV erfasst dabei sowohl den begleiteten Transport (mit selbstständigen Ladeeinheiten wie Glieder- und Sattelzügen, Roll on/Roll off-Transport) als auch den unbegleiteten Transport (mit standardisierten, unselbstständigen Ladeeinheiten ohne Motorfahrzeuge, z. B. Container, Wechselbehälter, Sattelanhänger, „Behälterverkehre“).²⁹⁷ Die Verladung der Ladeeinheiten oder Straßenfahrzeuge (Roll on/Roll off) erfolgt regelmäßig in Terminals, die sich zumeist in KV-Güterverkehrszentren, in See- oder in Binnenhäfen befinden. Flächen von Umschlaganlagen des intermodalen Verkehrs, die den Anforderungen des § 29 AwSV genügen müssen, sind nur solche, auf oder über denen wassergefährdende Stoffe in ein- und derselben Ladeeinheit oder demselben Straßenfahrzeug auf einen anderen Verkehrsträger umgeladen werden.²⁹⁸

Nicht unter § 29 AwSV fallen mithin Roll on/Roll off-Anlagen, die auch von Transportfahrzeugen mit abgedeckten Schüttgütern genutzt werden. Will der Betreiber einer Roll on/Roll off-Anlage auch derartige Dienstleistungen anbieten, muss er die weitergehenden Anforderungen des § 28 AwSV erfüllen. Dies erscheint nicht interessengerecht, da die Gefahren beim Auf- und Abfahren nicht durch anlagebezogene Maßnahmen zur Rückhaltung eingedämmt werden können. Demgemäß verlangt auch § 30 Abs. 1 AwSV

²⁹⁵ BR-Drs. 144/16, S. 133; Kieserling, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, Stand: September 2018, § 29 AwSV Rn. 4.

²⁹⁶ Die durch den Ordnungsgeber aktuell offenbar in Erwägung gezogene Streichung der konkreten Bauweise von Befestigungen würde insoweit nicht zu weitergehenden Anforderungen für Umschlaganlagen des intermodalen Verkehrs führen, sondern lediglich eine flexiblere Umsetzung des Erfordernisses der Befestigung ermöglichen. Aus Gründen der Rechtssicherheit wird insoweit empfohlen, die Beton- und Asphaltbauweise exemplarisch neben sonstigen geeigneten Bauweisen im Verordnungstext zu belassen.

²⁹⁷ Kieserling, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, Stand: September 2018, § 29 AwSV Rn. 5.

²⁹⁸ Ebd.

keine schiffseitige Rückhaltung. Aus diesem Grund ist es sinnvoll, den Begriff des intermodalen Verkehrs in der AwSV entsprechend zu erweitern, will man den Roll on/Roll off-Umschlag für Schüttgüter praxisgerecht steuern. Im Übrigen würde dies den Begriff des intermodalen Verkehrs dem gewöhnlichen Sprachgebrauch weiter annähern.

Empfehlung:

Der Begriff der Umschlaganlage des intermodalen Verkehrs i. S. d. AwSV ist dahingehend zu präzisieren, dass Roll on-/Roll off-Anlagen, die ganz oder teilweise dem Transport von (leicht) wassergefährdenden Schüttgütern dienen, auch dem Anwendungsbereich von § 29 AwSV unterliegen.

3.7.2.5 Umschlaganlagen und Anlagen zur nur vorübergehenden Zwischenlagerung in Überschwemmungsgebieten

Viele Binnenhäfen und andere Umschlagplätze an Gewässern liegen innerhalb festgesetzter oder vorläufig gesicherter Überschwemmungsgebiete. Aus diesem Grund ist der Anwendungsbereich des § 50 AwSV in der Praxis sehr weit. Zugleich sind die materiellen Anforderungen in § 50 Abs. 1 AwSV vergleichsweise eng gefasst. Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen (vgl. § 2 Abs. 9 AwSV) dürfen danach nur dann errichtet und betrieben werden, wenn wassergefährdende Stoffe bei einem (HQ 100-)Hochwasser nicht abgeschwemmt oder freigesetzt werden und auch nicht auf andere Weise in ein Gewässer oder eine Abwasserbehandlungsanlage gelangen können. Diese Anforderung wird in der behördlichen Praxis teilweise erst dann als erfüllt angesehen, wenn die betroffenen Flächen durch geeignete technische und/oder bauliche Maßnahmen derart abgeriegelt werden können, dass das Bemessungshochwasser nicht eintritt (vgl. auch Ziff. 5.5.1 des Entwurfs der TRwS 779 aus Dezember 2018). Insbesondere bei Umschlaganlagen genügen jedoch die vorübergehende Einstellung des Umschlagbetriebes und die Reinigung der Umschlagflächen entsprechend einer betrieblichen Anordnung (z. B. bei Erreichen eines bestimmten Pegelstandes). Dies gilt auch für Flächen, auf denen Umschlaggüter transportbedingt nur vorübergehend zwischengelagert werden. Dementsprechend sollte eine praxislenkende Klarstellung in § 50 Abs. 1 AwSV aufgenommen werden.

Empfehlung:

In § 50 Abs. 1 AwSV sollte klargestellt werden, dass die besonderen Anforderungen an Anlagen in festgesetzten und vorläufig gesicherten Überschwemmungsgebieten für Umschlaganlagen einschließlich Anlagen zur vorübergehenden transportbedingten Zwischenlagerung regelmäßig durch betriebliche Maßnahmen gewahrt werden können.

3.7.3 Abgrenzung zum Gefahrgutbeförderungsrecht

Während Vorgaben zu Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen im Wesentlichen in den §§ 62 bis 63 WHG und der AwSV getroffen werden, geschieht dies für den Transport maßgeblich im Gesetz über die Beförderung von Gefahrgut (Gefahrgutbeförderungsgesetz – GGBefG) und den entsprechenden untergesetzlichen Regelwerken.²⁹⁹

Naturgemäß kommt es hierbei zu zahlreichen Überlappungen der einzelnen Regelungsbereiche. So umfasst beispielsweise die Beförderung nach § 2 Abs. 1 Satz 1 GGBefG auch Vorbereitungs- und Abschlusshandlungen (Verpacken und Auspacken der Güter, Be- und Entladen), die regelmäßig in Anlagen durchgeführt werden, die ihrerseits dem wasserrechtlichen Regime unterliegen.

Die Wechselwirkungen zeigen sich insbesondere, wenn wasserrechtliche Erleichterungen an gefahrgutrechtliche Bestimmungen anknüpfen. So ist die nach § 63 Abs. 1 WHG grundsätzlich für Anlagen zum Lagern, Abfüllen oder Umschlagen wassergefährdender Stoffe erforderliche Eignungsfeststellung u. a. gemäß Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a) der Vorschrift entbehrlich, wenn wassergefährdende Stoffe kurzzeitig in Verbindung mit dem Transport bereitgestellt oder aufbewahrt werden und die Behälter oder Verpackungen den Vorschriften und Anforderungen für den Transport im öffentlichen Verkehr genügen. Neben der ausdrücklichen Verweisung auf die gefahrgutrechtlichen Regelungen für Behälter und Verpackungen wird zur Ausfüllung des Tatbestandsmerkmals „kurzzeitig in Verbindung mit dem Transport“ häufig ebenfalls auf die gefahrgutrechtlichen Bestimmungen Bezug genommen.³⁰⁰

Im Ergebnis verfolgen die einzelnen Regelungskomplexe indes unterschiedliche Ziele bzw. betreffen unterschiedliche Regelungsgegenstände. Die entsprechenden Überlappungen und Wechselwirkungen sind daher entweder gewollt oder zumindest hinzunehmen.

Empfehlung:

Ein unmittelbarer Anpassungsbedarf in der Abgrenzung bzw. Überschneidung von Wasserrecht und Gefahrgutbeförderungsrecht ist nicht erkennbar.

²⁹⁹ Zu nennen ist z. B. die Verordnung über die innerstaatliche und grenzüberschreitende Beförderung gefährlicher Güter auf der Straße, mit Eisenbahnen und auf Binnengewässern (Gefahrgutverordnung Straße, Eisenbahn und Binnenschifffahrt – GGVSEB); Ergänzend und mit anderer Stoßrichtung treten beispielsweise die Regelungen des Gefahrstoffrechts, insbesondere der Verordnung zum Schutz vor Gefahrstoffen (Gefahrstoffverordnung – GefStoffV) hinzu.

³⁰⁰ Vgl. Kotulla, WHG, 2. Aufl. 2011, § 63 Rn. 12; Göbl, in: Seidler/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG, Stand: Juni 2018, § 63 Rn. 37 f., der auch auf den gefahrstoffrechtlichen Begriff verweist; siehe zur Auslegung des immissionsschutzrechtlichen Lagerbegriffs: OVG NRW, Beschluss vom 26.10.2000 – 21 B 1468/00 –, juris, Rn. 21 ff.

3.8 Hochwasserschutz

3.8.1 Verbesserungen durch das Hochwasserschutzgesetz II

Durch das Hochwasserschutzgesetz II³⁰¹ sind die Regelungen des WHG zum Hochwasserschutz mit Wirkung zum 05.01.2018 geändert worden. Anlass waren die Hochwässer der Jahre 2002 und 2013, die erhebliche Schäden verursacht hatten. Ziel war es, die Probleme und Defizite im Hochwasserschutz zu bewältigen und insbesondere Maßnahmen des technischen Hochwasserschutzes schneller und effektiver umsetzen zu können. Im Einzelnen war Anliegen des Artikelgesetzes, das auch Änderungen des BauGB, des BNatSchG und der VwGO umfasst,

- die Verfahren für die Planung, Genehmigung und den Bau von Hochwasserschutzanlagen – soweit möglich und sinnvoll – zu erleichtern und zu beschleunigen, ohne die Beteiligung der Öffentlichkeit zu beschneiden;
- gerichtliche Verfahren gegen geplante und genehmigte Hochwasserschutzmaßnahmen – soweit möglich und sinnvoll – zu beschleunigen;
- durch zusätzliche Regelungen dazu beizutragen, dass die Entstehung von Hochwasser eingedämmt wird und
- Regelungslücken zu schließen, um Schäden durch Hochwasser zu verhindern oder zu vermindern.³⁰²

Hierzu wurden mit Wirkung zum 05.01.2018

- die Regelungen zur Bauleitplanung und Zulassung von Vorhaben in Überschwemmungsgebieten neu gefasst; diese wurden aus Gründen der Übersichtlichkeit unterteilt in bauliche und sonstige Schutzvorschriften (§§ 78, 78a WHG);
- die Regelungen des Bauplanungsrechts um hochwasserspezifische Belange ergänzt;
- Hafenanlagen von den planungsrechtlichen Restriktionen des § 78 Abs. 1 WHG freigestellt;
- Regelungen zu Hochwasserrisikogebieten und Hochwasserentstehungsgebieten eingeführt;
- die enteignungsrechtliche Regelung erweitert; sie kann aus Gründen des Hochwasserschutzes jetzt nicht nur auf der Grundlage eines Planfeststellungsbeschlusses,

³⁰¹ Gesetz zur weiteren Verbesserung des Hochwasserschutzes und zur Vereinfachung von Verfahren des Hochwasserschutzes (Hochwasserschutzgesetz II) vom 30.06.2017, BGBl. I S. 2193. Vgl. hierzu Reinhardt, NVwZ 2017, 1585 ff.; Hofmann, ZfW 2018, 1 ff.; Wagner/Wahlhäuser, DVBl. 2018, 473 ff.; Mitschang, ZfBR 2018, 329 ff.; Fischer/Heyn, I+E 2017, 154, 162 f. Zum Entwurf: Wienhues, NordÖR 2016, 437.

³⁰² Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Verbesserung des Hochwasserschutzes und zur Vereinfachung von Verfahren des Hochwasserschutzes (Hochwasserschutzgesetz II), BT-Drs. 18/10879 S. 1 f. Zu den gesetzgeberischen Zielsetzungen auch Wagner/Wahlhäuser, DVBl. 2018, 474 f.

- sondern schon dann erfolgen, wenn sie zur Durchführung eines festgestellten oder genehmigten Planes notwendig ist, der dem Küsten- und Hochwasserschutz dient;
- die vorzeitige Besitzeinweisung des Trägers des Vorhabens neu geregelt;
 - zur Beschleunigung der Gerichtsverfahren die erstinstanzliche Zuständigkeit der Oberverwaltungsgerichte für Klagen gegen Planfeststellungsbeschlüsse geregelt, durch die Maßnahmen des Hochwasserschutzes getroffen werden;
 - klargestellt, dass Nachbarklagen gegen Maßnahmen des Hochwasserschutzes zulässig sind; das Planungsverbot des § 78 Abs. 1 WHG ist jetzt nach einer gesetzlichen Klarstellung drittschützend;
 - den Gemeinden die Möglichkeit eingeräumt, im Vorgriff auf einen für ihre Planung später notwendigen Ausgleich von hierdurch verloren gegangenen Retentionsraum solche Flächen zu bevorraten, die später als Retentionsraum in Anspruch genommen werden können;
 - die Lagerung wassergefährdender Stoffe außerhalb von Anlagen verboten; die Regelungen der AwSV werden hierdurch ergänzt.

Ob diese Regelungen wirklich geeignet sind, den technischen Hochwasserschutz zu verbessern und Maßnahmen schneller umzusetzen, kann angesichts der erst kurzen Geltungsdauer noch nicht sicher beurteilt werden. Im Folgenden sollen die Regelungen deshalb in erster Linie darauf geprüft werden, ob von ihrer Zielsetzung und rechtlichen Struktur her eine Änderung angezeigt ist.

3.8.2 Freistellung von Hafenanlagen in § 78 Abs. 1 Satz 2, Abs. 4 Satz 2 WHG

Nach § 78 Abs. 1 Satz 1 WHG ist in festgesetzten Überschwemmungsgebieten die Ausweisung neuer Baugebiete im Außenbereich in Bauleitplänen oder in sonstigen Satzungen nach dem BauGB untersagt. Das gilt nach Satz 2 der Regelung nicht, wenn die Ausweisung ausschließlich der Verbesserung des Hochwasserschutzes dient, sowie für Bauleitpläne für Häfen und Werften.

Diese Regelung gilt nur für eine Bauleitplanung im baulichen Außenbereich. Sie betrifft deshalb nur die Bauleitplanung für neue Hafenanlagen auf der grünen Wiese, nicht jedoch die Überplanung und planungsrechtliche Erweiterung bestehender Häfen. Da es sich bei solchen Erweiterungen typischerweise um nach § 34 BauGB zu beurteilende Flächen handelt,³⁰³ sind diese vom Planungsverbot des § 78 Abs. 1 WHG in Überschwemmungsge-

303

Dazu Breuer/Oexle, Vorbeugender Hochwasserschutz in Häfen und Werften, 2018, S. 28, 34.

bieten freigestellt. Allerdings gelten auch für die Planung von Hafenanlagen im Außenbereich sowie die Überplanung vorhandener Häfen die Planungsdirektiven des § 78 Abs. 3 WHG und des Bauplanungsrechts, so dass insoweit kein Änderungsbedarf besteht.

Empfehlung:

Im Hinblick auf die bauleitplanerischen Regelungen besteht für Hafenanlagen kein Änderungsbedarf.

Weiter regelt § 78 Abs. 4 WHG folgendes:

„In festgesetzten Überschwemmungsgebieten ist die Errichtung oder Erweiterung baulicher Anlagen nach den §§ 30, 33, 34 und 35 des Baugesetzbuches untersagt. Satz 1 gilt nicht für Maßnahmen des Gewässerausbaus, des Baus von Deichen und Dämmen, der Gewässer- und Deichunterhaltung und des Hochwasserschutzes sowie des Messwesens.“

Damit ist zwar die Aufstellung von Bebauungsplänen für Hafenanlagen von den Restriktionen des § 78 Abs. 1 Satz 1 WHG freigestellt. Das gilt indessen nicht für eine Hafenerweiterung in Überschwemmungsgebieten im unbeplanten Innenbereich. Solche Maßnahmen sind nach § 78 Abs. 4 Satz 1 WHG – vorbehaltlich der Ausnahmeregelungen in § 78 Abs. 5 WHG – verboten.³⁰⁴ Zwar wird der Bau von Hafenanlagen regelmäßig durch eine Planfeststellung zugelassen, so dass die Erweiterung eines Hafens eine „Maßnahme des Gewässerausbaus“ darstellt und als solche von den genehmigungsrechtlichen Restriktionen des § 78 Abs. 4 Satz 1 WHG freigestellt ist.³⁰⁵ Dabei gibt es allerdings eine wichtige Einschränkung: Nach der Godorf-Entscheidung des BVerwG³⁰⁶ kann sich die Planfeststellung nach § 68 WHG für einen Hafenausbau nur auf die Wasserflächen der Hafenbecken sowie auf die Ufer und Kaimauern, nicht hingegen auf die anliegenden Grundstücke und die dortigen Gebäude sowie sonstige technische Anlagen beziehen.³⁰⁷ Die Planfeststellung sog. trimodaler Hafenanlagen ausschließlich in einem wasserrechtlichen Planfeststellungsverfahren ist deshalb rechtlich nicht zulässig. Sinnvoll wäre es, hier in das WHG eine Klarstellung des Inhalts aufzunehmen, dass trimodale Hafenanlagen in einem Planfeststellungsverfahren nach § 68 WHG zugelassen werden. Das würde die Schwierigkeiten der Abgrenzung und Koordination der heute erforderlichen parallelen Verfahren verhindern.

³⁰⁴ Vgl. nur Breuer/Oexle, Vorbeugender Hochwasserschutz in Häfen und Werften, 2018, S. 72.

³⁰⁵ Ebd.

³⁰⁶ BVerwG, Urteil vom 19.02.2015 – 7 C 10.12 –, juris, Rn. 21 ff.

³⁰⁷ So auch Nds. OVG, Urteil vom 10.03.2015 – 1 KN 42/13 –, juris, Rn. 54; anders Erbguth, DVBl. 2015, 840 ff.; Erbguth/Schubert, VerwArch 101 (2010), 437 ff.

Empfehlung:

§ 68 Abs. 1 WHG sollte um die Regelung ergänzt werden, dass das Planfeststellungserfordernis auch für trimodale Hafenanlagen gilt.

3.8.3 Bauleitplanung in festgesetzten Überschwemmungsgebieten

Die gemeindliche Bauleitplanung in Überschwemmungsgebieten unterlag bereits in der Vergangenheit gemäß § 78 WHG erheblichen Beschränkungen.³⁰⁸ Die bisherigen baulichen Schutzvorschriften in Überschwemmungsgebieten des § 78 WHG, die sowohl die Bauleitplanung als auch die Zulassung von Vorhaben erfassten, wurden aus Gründen der Übersichtlichkeit in zwei Regelungen aufgeteilt und teilweise neu gefasst. § 78 WHG n. F. enthält unter der Überschrift „Bauliche Schutzvorschriften für festgesetzte Überschwemmungsgebiete“ jetzt die Bestimmungen für die Bauleitplanung in Überschwemmungsgebieten, die bisher in § 78 Abs. 1 Nr. 1 und 2 WHG geregelt waren, sowie die Ausnahmen hiervon aus den bisherigen Absätzen 2 und 3 des § 78 WHG; darüber hinaus wird die Zulassung der Errichtung oder Änderung von Bauvorhaben und von Anlagen der Verkehrsinfrastruktur in Überschwemmungsgebieten geregelt (§ 78 Abs. 4 bis 7 WHG). Ergänzt werden diese Regelungen, die gegenüber dem bisherigen Recht einige Neuregelungen und gesetzliche Klarstellungen enthalten, durch Änderungen des BauGB, die zum einen die Bedeutung des Hochwasserschutzes in der bauleitplanerischen Abwägung stärken und zum anderen den Gemeinden neue Festsetzungsmöglichkeiten in Bebauungsplänen eröffnen (§ 9 Abs. 1 Nr. 16 BauGB n. F.). Die sonstigen Schutzvorschriften für festgesetzte Überschwemmungsgebiete, die bislang in § 78 Abs. 1 Nr. 3 bis 9, Abs. 4 WHG enthalten waren, wurden im neuen § 78a WHG zusammengefasst.

3.8.3.1 Bauleitplanung in Überschwemmungsgebieten

3.8.3.1.1 Das Planungsverbot des § 78 Abs. 1 Satz 1 WHG

Nach § 78 Abs. 1 Satz 1 WHG ist die Ausweisung neuer Baugebiete im Außenbereich in Bauleitplänen oder sonstigen Satzungen nach dem BauGB grundsätzlich untersagt. Die bisher in § 78 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 1 Satz 2 WHG enthaltene Regelung wurde bei der Neufassung des § 78 WHG durch das Hochwasserschutzgesetz II übernommen. In enger

³⁰⁸

Vgl. dazu z. B. Köck, ZUR 2015, 515 ff.; Sachsinger/Schrödter, ZfBR 2015, 534 ff., 655 ff.; Schmitt, ZfW 2016, 21 ff.

Anlehnung an die Rechtsprechung des BVerwG³⁰⁹ zu § 78 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 WHG a. F. gilt das Verbot des § 78 Abs. 1 Satz 1 WHG nur für im Außenbereich gelegene Flächen in festgesetzten Überschwemmungsgebieten, die erstmals einer baulichen Nutzung zugeführt werden sollen.

Ergänzt wird diese Regelung durch § 78 Abs. 3 WHG. Dort finden sich jetzt die Regelungen zur Bebauungsplanung im Innenbereich. Nach wie vor besteht dort kein Planungsverbot.³¹⁰ Die Neuregelung zielt zwar darauf ab, den Hochwasserschutz bei der Bauleitplanung im Innenbereich zu stärken, indem sie Vorgaben für die Berücksichtigung von Hochwasserschutzbelangen in der planerischen Abwägung bei der Überplanung von Innenbereichslagen macht.³¹¹ Im Grundsatz normiert sie aber lediglich die bisherige Rechtsprechung des BVerwG zur Reichweite des Planungsverbot des § 78 Abs. 1 Nr. 1 WHG a. F. Nach dieser Rechtsprechung fielen bloße Umplanungen wie die Änderung der Gebietsart in bestehenden qualifizierten Bebauungsplänen ebenso wenig unter das Planungsverbot wie die Überplanung faktischer Baugebiete und damit des unbeplanten Innenbereichs. Die lediglich deklaratorische Überplanung bereits festgesetzter oder faktischer Baugebiete war nicht erfasst.³¹² Faktische Baugebiete sind bebaubare Gebiete nach § 34 Abs. 1 BauGB.³¹³ Bei dieser Einschränkung des Planungsverbot ist es geblieben.³¹⁴ Es gilt auch zukünftig nur bei der Ausweisung neuer Baugebiete im Außenbereich. Die Erweiterung bestehender Baugebiete in den Außenbereich hinein ist hiervon allerdings ebenfalls erfasst.³¹⁵ Für Ergänzungen der baulichen Nutzbarkeit bei der Änderung bestehender Baugebiete oder der Überplanung des unbeplanten Innenbereichs ohne Ausgriff in den bisherigen Außenbereich gilt das Planungsverbot des § 78 Abs. 1 Satz 1 WHG hingegen nach wie vor nicht.

³⁰⁹ BVerwG, Urteil vom 03.06.2014 – 4 CN 6.12 –, juris, Rn. 13 mit Anm. Külpmann, juris PR-BVerwG 19/2014, Anm. 4; Kerkmann, UPR 2014, 328 ff.; Oerder/Nettekoven, BauR 2014, 635 ff.; Köck, ZUR 2015, 518; Sachsinger/Schrödter, ZfBR 2015, 536 f.

³¹⁰ Hofmann, ZfW 2018, 10 ff.

³¹¹ Reinhardt, NVwZ 2017, 1586 ff.

³¹² BVerwG, Urteil vom 03.06.2014 – 4 CN 6.12 –, juris, Rn. 13 mit Anm. Külpmann, juris PR-BVerwG 19/2014, Anm. 4; Sächs. OVG, Urteil vom 30.05.2013 – 1 C 4.13 –, BauR 2014, 661 mit Anm. Reiners, juris PR-Umweltrecht 1/2014, Anm. 3; Oerder/Nettekoven, BauR 2014, 635 (Fn. 4); Hünnekens, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, Stand: September 2018, § 78 WHG Rn. 7; Hornfischer/Reith, Hochwasserschutz nach dem neuen Wassergesetz – Herausforderung für den Städtebau, VBIBW 2014, 401, 406 f.; Rossi, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG, Stand: Februar 2017, § 78 Rn. 11 ff.

³¹³ Hornfischer/Reith VBIBW 2014, 406 f.; Rossi, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp (Hrsg.), WHG, Stand: Februar 2017, § 78 Rn. 11.

³¹⁴ Zu den Gründen: Hofmann, ZfW 2018, 10 ff.

³¹⁵ Sachsinger/Schrödter, ZfBR 2015, 536 f.

Weiter ist zu beachten, dass es nur für neue „Baugebiete“ gilt, so dass Bebauungspläne nicht erfasst werden, die Festsetzungen nach § 9 Abs. 1 BauGB treffen, die kein Baugebiet ausweisen, wie dies bei Gemeinbedarfsflächen (§ 9 Abs. 1 Nr. 5 BauGB), Grünflächen (§ 9 Abs. 1 Nr. 15 BauGB), Wasserflächen oder Sport- oder Verkehrsanlagen der Fall ist.³¹⁶

Für Verkehrsanlagen ist freilich § 78 Abs. 7 WHG zu beachten. Danach dürfen bauliche Anlagen der Verkehrsinfrastruktur, die nicht unter § 78 Abs. 4 WHG fallen, nur hochwasserangepasst errichtet oder erweitert werden. Diese Regelung ist auch in der Bauleitplanung zu beachten und hat zur Folge, dass die planerischen Festsetzungen für Verkehrsanlagen zwingend hochwasserangepasst geplant werden müssen, da ihre Errichtung andernfalls nicht zulässig ist. Es handelt sich um eine zwingende rechtliche Vorgabe, die nicht der planerischen Abwägung unterliegt.

§ 78 Abs. 1 Satz 1 WHG gilt nur für Bebauungspläne, Vorhaben- und Erschließungspläne nach § 12 BauGB sowie einfache Bebauungspläne nach § 30 Abs. 3 BauGB, soweit diese Baugebiete festsetzen.³¹⁷ Ob das Planungsverbot auch für Flächennutzungspläne gilt, wird unterschiedlich beurteilt. Zum Teil wird angenommen, dass aus der Gleichstellung der Ausweisung von Baugebieten im Außenbereich mit städtebaulichen Satzungen folge, dass nur Bebauungspläne erfasst seien, da es sich nur hierbei um städtebauliche Satzungen handle (vgl. § 10 Abs. 1 BauGB).³¹⁸ Das ist unzutreffend.³¹⁹ Denn ein Flächennutzungsplan, der eine Baufläche im Außenbereich im Überschwemmungsgebiet darstellt, die aus hochwasserschutzrechtlichen Gründen nicht durch die Aufstellung eines Bebauungsplanes realisiert werden kann, ist vollzugsunfähig und damit nicht erforderlich i. S. d. § 1 Abs. 3 BauGB und nichtig.³²⁰ Da die Ausweisung von Konzentrationszonen nach § 35

³¹⁶ Hünnekens, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, Stand: September 2018, § 78 WHG Rn. 8; Sachsinger/Schrödter, ZfBR 2015, 534, 536.

³¹⁷ Sachsinger/Schrödter, ZfBR 2015, 534, 537.

³¹⁸ Kotulla, WHG, 2. Aufl. 2011, § 78 Rn. 7.

³¹⁹ Wie hier: Sachsinger/Schrödter, ZfBR 2015, 534, 537; Hünnekens, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, Stand: September 2018, § 78 WHG Rn. 6; Mitschang, ZfBR 2018, 337; Söfker/Runkel, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Hrsg.), BauGB, Stand: Oktober 2017, § 1 Rn. 178.

³²⁰ Zu dieser Rechtsfolge: BVerwG, Urteil vom 09.02.2014 – 4 BN 28.03 –, ZfBR 2004, 380; Schrödter/Wahlhäuser, in: Schrödter, BauGB, 8. Aufl. 2015, § 1 Rn. 45 ff.; Mitschang, ZfBR 2018, 337; Söfker/Runkel, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Hrsg.), BauGB, Stand: Oktober 2017, § 1 Rn. 178.

Abs. 3 Satz 3 BauGB ähnliche Wirkungen wie die Festsetzung eines Baugebietes hat, erstreckt sich das Planungsverbot des § 78 Abs. 1 Satz 1 WHG auch hierauf.³²¹ Es ist sinnvoll, diese Unklarheit durch eine Klarstellung in § 78 Abs. 1 Satz 1 zu beseitigen.

Empfehlung:

Es sollte in § 78 Abs. 1 Satz 1 WHG klargestellt werden, dass die planungsrechtlichen Restriktionen sich auch auf Flächennutzungspläne beziehen.

3.8.3.1.2 Überplanung bestehender Baugebiete (§ 78 Abs. 3 WHG)

Die vom BVerwG zu § 78 Abs. 1 Satz 1 WHG a. F. vertretene Auffassung, dass bloße Umplanungen wie die Änderung einer Gebietsart eines bereits bestehenden Baugebietes nicht unter das Planungsverbot des § 78 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 WHG a. F. fielen, so dass insbesondere die Überplanung von Innenbereichslagen, für die kein qualifizierter Bebauungsplan existiert, ebenso wenig vom Planungsverbot erfasst war wie bloße Umplanungen, wird durch § 78 Abs. 3 WHG relativiert: Auch zukünftig beschränkt sich das Planungsverbot des § 78 Abs. 1 Satz 1 WHG zwar auf die Ausweisung neuer Baugebiete im Außenbereich. In § 78 Abs. 3 WHG wurde für die Gemeinden jedoch eine Verpflichtung eingeführt, bei der Aufstellung, Änderung oder Ergänzung von qualifizierten Bauleitplänen oder der Überplanung des unbeplanten Innenbereichs in der Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB insbesondere zu berücksichtigen

1. die Vermeidung nachteiliger Auswirkungen auf Oberlieger und Unterlieger,
2. die Vermeidung einer Beeinträchtigung des bestehenden Hochwasserschutzes und
3. die hochwasserangepasste Errichtung von Bauvorhaben.

Diese Regelung gilt gemäß § 78 Abs. 3 Satz 2 WHG auch für Satzungen nach § 34 Abs. 4 und § 35 Abs. 6 BauGB. Weiter bestimmt § 78 Abs. 3 Satz 3 WHG, dass die zuständige Behörde der Gemeinde die hierfür erforderlichen Informationen nach § 4 Abs. 2 Satz 4 BauGB zur Verfügung zu stellen hat.

³²¹ Rossi, in: Sieder/Zeitler/Dahms/Kropp (Hrsg.), WHG, Stand: Februar 2017, § 78 Rn. 19; Sachsinger/Schrödter, ZfBR 2015, 534, 537.

Ob diese Regelung wirklich eine Verbesserung des Hochwasserschutzes bewirkt,³²² erscheint zweifelhaft.³²³ Denn eine Verpflichtung zur Berücksichtigung der genannten Belange dürfte auch bereits bisher auf der Grundlage des planerischen Abwägungsgebotes des § 1 Abs. 7 BauGB bestanden haben.³²⁴ Entsprechende Anforderungen an die planerische Abwägung konnten vor allem aus dem Rechtsgedanken des bisherigen § 78 Abs. 2 Nr. 4 WHG abgeleitet werden. Der Neuregelung kommt deshalb vor allem eine Klarstellungsfunktion zu. Dies mag bei der Überplanung vorhandener Baugebiete sowie des unbeplanten Innenbereichs zu einer Verbesserung der Berücksichtigung der Hochwasserschutzbelange in der planerischen Abwägung beitragen. Eine wirkliche Innovation stellt diese Regelung jedoch schon wegen des in der Bauleitplanung geltenden Gebots planerischer Konfliktbewältigung – d. h. der Pflicht zur Berücksichtigung aller durch die Bauleitplanung berührten Belange und zur Lösung der durch sie aufgeworfenen oder vorgefundenen Konflikte³²⁵ – wohl kaum da. Denn hiernach müssen die Belange des Hochwasserschutzes in der planerischen Abwägung ohnehin umfassend berücksichtigt werden. § 78 Abs. 3 Satz 1 WHG enthält rechtlich deshalb nicht mehr als eine Konkretisierung der nach § 1 Abs. 6 BauGB in der Abwägung zu berücksichtigenden Belange des Hochwasserschutzes.

Die Bedeutung des § 78 Abs. 3 Satz 1 WHG ist auch deshalb nicht besonders weitreichend, weil diese Belange gegenüber anderen Belangen für die bauleitplanerische Abwägung durch § 1 Abs. 3 Satz 1 WHG nicht mit einem besonderen Gewicht versehen werden. Geboten ist nach dem Wortlaut des § 78 Abs. 3 Satz 1 WHG lediglich eine Berücksichtigung in der bauleitplanerischen Abwägung. Den Stellenwert eines strikt zu beachtenden sog. Planungsleitsatzes³²⁶ oder einer mit Vorrang zu berücksichtigenden Abwägungsdirektive (Optimierungsgebot)³²⁷ haben die in § 78 Abs. 3 Satz 1 WHG genannten

³²² In diesem Sinne Hofmann, ZfW 2018, 10.

³²³ Skeptisch wie hier Reinhardt, NVwZ 2017, 1586.

³²⁴ Ausführlich zum Hochwasserschutz als Abwägungsbelang in der Bauleitplanung: Köck, ZUR 2015, 521 ff.; Sachsinger/Schrödter, ZfBR 2015, 539 ff.; Schmitt, ZfW 2016, 21 ff.

³²⁵ Zum Gebot der Konfliktbewältigung BVerwG, Beschluss vom 14.07.1994 – 4 NB 25.94 –, juris, Rn. 5; Battis, in: ders./Krautzberger/Löhr (Hrsg.), BauGB, 13. Aufl. 2016, § 1 Rn. 115; Hoppe, in: ders./Bönker/Grotefels (Hrsg.), Öffentliches Baurecht, 4. Aufl. 2010, § 7 Rn. 133; Stollmann/Beaucamp, Öffentliches Baurecht, 11. Aufl. 2017, § 7 Rn. 57 ff.; Erbguth/Schubert, Öffentliches Baurecht, 6. Aufl. 2015, § 5 Rn. 161; Stüer, Der Bebauungsplan, 5. Aufl. 2015, Rn. 1067 ff.

³²⁶ Dazu BVerwG, Urteil vom 22.03.1985 – 4 C 73.82 –, juris; Stüer, Der Bebauungsplan, 5. Aufl. 2015, Rn. 838; Schrödter, in: ders. (Hrsg.), BauGB, 4. Aufl. 2010, § 1 Rn. 189; Stollmann/Beaucamp, Öffentliches Baurecht, 11. Aufl. 2017, § 7 Rn. 35.

³²⁷ Hoppe, in: ders./Bönker/Grotefels (Hrsg.), Öffentliches Baurecht, 4. Aufl. 2010, § 7 Rn. 29 ff.; Stollmann/Beaucamp, Öffentliches Baurecht, 11. Aufl. 2017, § 7 Rn. 34; Stüer, Der Bebauungsplan, 5. Aufl. 2015, Rn. 839.

Belange nicht. Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut der Regelung, in der lediglich eine Berücksichtigung der in § 78 Abs. 3 Satz 1 WHG benannten Belange des Hochwasserschutzes verlangt wird, diese jedoch nicht mit einem besonderen rechtlichen Stellenwert ausgestattet werden. Hierfür kann auch die amtliche Begründung angeführt werden, in der ausgeführt wird, dass die nun in § 78 Abs. 3 Satz 1 WHG genannten Belange „insbesondere“ neben anderen Belangen des Hochwasserschutzes, wie den in § 78 Abs. 2 Nrn. 3 bis 5 und 9 WHG genannten, zu berücksichtigen sind.³²⁸ Anders als der Trennungsgrundsatz des § 50 WHG enthält § 78 Abs. 3 Satz 1 WHG deshalb keine Abwägungsdirektive (Optimierungsgebot) und keinen strikt zu beachtenden Planungsleitsatz.³²⁹

Das ist im Ergebnis sinnvoll. Denn die planerische Entwicklung von in Überschwemmungsgebieten vorhandener Baustrukturen würde bei einer Ausgestaltung der Anforderungen in § 78 Abs. 3 WHG als strikt verbindliche Regelung oder Optimierungsgebot erheblich beschränkt. Belangen des Hochwasserschutzes müsste immer der Vorrang gegeben werden. Das ist insbesondere in Mittelgebirgslagen, in denen sich die Bebauung regelmäßig in den Tallagen findet, weder möglich noch sinnvoll, da durch die Planung kaum mehr Entwicklungsmöglichkeiten eröffnet werden könnten.

Empfehlung:

Den Belangen des § 78 Abs. 3 Satz 1 WHG sollten auch weiterhin gegenüber anderen Belangen für die bauleitplanerische Abwägung kein besonderer Stellenwert im Sinne eines strikt zu beachtenden sog. Planungsleitsatzes oder eines Optimierungsgebotes zukommen.

3.8.3.2 Konkretisierungen des bauleitplanerischen Abwägungsgebotes im BauGB

Das gilt auch für die im Hochwasserschutzgesetz II in Bezug auf den Hochwasserschutz in § 1 Abs. 6 Nr. 12 BauGB erfolgte Konkretisierung des bauleitplanerischen Abwägungsgebotes.³³⁰ Nach der Neufassung des § 1 Abs. 6 Nr. 12 BauGB sind bei der Abwägung die Belange des Küsten- oder Hochwasserschutzes und der Hochwasservorsorge,

³²⁸ BT-Drs. 18/10879, S. 27 f.

³²⁹ In dieser Richtung aber wohl Hofmann, ZfW 2018, 10; wie hier Mitschang, ZfBR 2018, 338: „erweiterte Abwägungsanforderungen“; Söfker/Runkel, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Hrsg.), BauGB, Stand: 131. EL Oktober 2018, § 1 Rn. 178: „nach Abwägungsgrundsätzen zu behandeln“; zur rechtlichen Qualität des § 50 BImSchG vgl. BVerwG, Urteil vom 05.07.1974 – 4 C 50.72 –, juris; Urteil vom 22.03.1985 – 4 C 73.82 –, juris; Urteil vom 28.01.1999 – 4 CN 5.98 –, juris; Urteil vom 16.03.2006 – 4 A 1075.04 –, juris; Urteil vom 19.04.2012 – 4 CN 3.11 –, NVwZ 2012, 1338; Stürer, Der Bebauungsplan, 5. Aufl. 2015, Rn. 840; Schoen, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, Stand: 88. EL September 2018, § 50 BImSchG Rn. 29 ff.; Jarass, BImSchG, 12. Aufl. 2017, § 50 Rn. 2; Grüner, UPR 2011, 50, 53; Schink, UPR 2018, 167, 171.

³³⁰ Wie hier Mitschang, ZfBR 2018, 338.

insbesondere die Vermeidung und Verringerung von Hochwasserschäden zu berücksichtigen. Nach der Neufassung wird somit nunmehr ausdrücklich auf die Vermeidung und die Verringerung von Hochwasserschäden und die Hochwasservorsorge hingewiesen.³³¹ Auch diese Anforderungen sind in der Sache nicht neu, sondern galten auf Grund des Gebots der planerischen Konfliktbewältigung bereits bislang für die Abwägung bei der Bauleitplanung in Überschwemmungsgebieten. Eine inhaltliche Verschärfung ist mit der Neuregelung deshalb nicht verbunden.³³²

Wirklich neu ist dagegen – neben der Verpflichtung aus § 5 Abs. 4a Satz 1 BauGB n. F., die neuen Schutzkategorien der Risikogebiete außerhalb von Überschwemmungsgebieten (§ 78b Abs. 1 WHG) und der Hochwasserentstehungsgebiete (§ 78d Abs. 1 WHG) nachrichtlich in den Flächennutzungsplan zu übernehmen – vor allem der durch das Hochwasserschutzgesetz II neu gefasst und erweiterte § 9 Abs. 1 Nr. 16 BauGB. Die bisherige Regelung des § 9 Abs. 1 Nr. 16 BauGB wurde auf die Buchstaben a) und b) BauGB aufgeteilt: Nach § 9 Abs. 1 Nr. 16 Buchst. a) BauGB n. F. können Wasserflächen und Flächen für die Wasserwirtschaft festgesetzt werden, nach Buchst. b) Flächen für Hochwasserschutzanlagen und für die Regelung des Wasserabflusses. Diese Aufteilung dient der Übersichtlichkeit; die Vorschrift enthält insoweit jedoch keine neuen Festsetzungsmöglichkeiten, die über die bisherige Regelung hinausgehen würden. Neu sind dagegen die Festsetzungsmöglichkeiten nach §§ 9 Abs. 1 Nr. 16 Buchst. c) und d) BauGB n. F. Nach § 9 Abs. 1 Nr. 16 Buchst. c) BauGB können die Gemeinden fortan Gebiete festlegen, in denen bei der Errichtung baulicher Anlagen bestimmte bauliche oder technische Maßnahmen getroffen werden müssen, die der Vermeidung oder Verringerung von Hochwasserschäden einschließlich Schäden durch Starkregen dienen; auch kann die Art dieser Maßnahmen im Bebauungsplan festgesetzt werden. Nach § 9 Abs. 1 Nr. 16 Buchst. d) BauGB können darüber hinaus im Bebauungsplan nun Flächen festgesetzt werden, die auf einem Baugrundstück für die natürliche Versickerung von Wasser freigehalten werden müssen, um insbesondere Hochwasserschäden, einschließlich Schäden durch Starkregen, vorzubeugen.

Diese Regelungen ermöglichen es den Gemeinden, eine hochwasserangepasste Nutzung von Grundstücken im Bebauungsplan festzusetzen. Sie können für ein Gebiet, das in ei-

³³¹ BT-Drs. 18/10879, S. 33; Hofmann, ZfW 2018, 17; Dirnberger, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), BauGB, 3. Aufl. 2018, § 1 Rn. 130.

³³² So zutreffend Dirnberger, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), BauGB, 3. Aufl. 2018, § 1 Rn. 130.

nem Überschwemmungsgebiet liegt, jetzt bereits im Bebauungsplan festsetzen, dass Vorhaben hochwassersicher errichtet werden müssen.³³³ Auch können Festsetzungen über die Verwendung bestimmter Bauteile oder Baustoffe getroffen werden, die größere Schäden bei Hochwasser vermeiden oder verringern sollen.³³⁴ Buchst. b) des § 9 Abs. 1 Nr. 16 BauGB kann insbesondere dann Anwendung finden, wenn größere Flächen als Parkplätze oder Abstellflächen genutzt werden sollen. Im Bebauungsplan kann dann eine Versiegelung dieser Flächen ausgeschlossen werden.³³⁵ Eine Verpflichtung dazu, solche Festsetzungen zu treffen, lässt sich aus § 9 Abs. 1 Nr. 16 BauGB freilich nicht ableiten. Maßgebend dafür, ob solche Festsetzungen getroffen werden, ist das Ergebnis der planerischen Abwägung. Auch hier zeigt sich, dass die in der Bauleitplanung in Überschwemmungsgebieten geschaffenen neuen Festsetzungsmöglichkeiten als solche keine Verbesserung des Hochwasserschutzes in der Bauleitplanung bewirken können. Denn der Hochwasserschutz insgesamt stellt außerhalb des Planungsverbotes aus § 78 Abs. 1 Satz 1 WHG nach wie vor lediglich einen abwägungserheblichen Belang dar. Ein Gewichtungsvorrang besteht nicht.

3.8.3.3 Ausnahmen vom Planungsverbot

Wie bisher gilt das Planungsverbot des § 78 Abs. 1 Satz 1 WHG nicht unbeschränkt. Vielmehr sind hiervon nach § 78 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 WHG Ausnahmen zulässig.

Die bislang in § 78 Abs. 1 Nr. 1 WHG enthaltene gesetzliche Ausnahme vom Planungsverbot für Werften und Häfen ist jetzt in § 78 Abs. 1 Satz 2 WHG geregelt.³³⁶ Neu hinzugekommen ist eine Ausnahme für solche Bauleitpläne, die ausschließlich der Verbesserung des Hochwasserschutzes dienen. Dafür genügt nicht, dass der Hochwasserschutz lediglich in sachlichem Zusammenhang mit einer Bauleitplanung Berücksichtigung findet. Ein überschwemmungsbezogener zusätzlicher Planinhalt macht eine Bauleitplanung deshalb nicht nach § 78 Abs. 1 Satz 2 WHG zulässig.³³⁷ Die Regelung bezieht sich vielmehr auf vorhabenbezogene Bebauungspläne nach § 12 BauGB für Hochwasserschutzanlagen wie Deiche und Dämme.³³⁸

³³³ Amtl. Begründung, BT-Drs. 18/10879 S. 18; Jarass/Kment, BauGB, 2. Aufl. 2017, § 9 Rn. 67; vgl. auch Spannowsky, in: ders./Uechtritz (Hrsg.), BauGB, 3. Aufl. 2018, § 9 Rn. 69.2.

³³⁴ BT-Drs. 18/10879, S. 33.

³³⁵ BT-Drs. 18/10879, S. 33; Hofmann, ZfW 2018, 18.

³³⁶ Dazu bereits oben 3.8.2.

³³⁷ So zutreffend Reinhardt, NVwZ 2017, 1585.

³³⁸ Hofmann, ZfW 2018, 9.

Die übrigen bisherigen Ausnahmen des § 78 Abs. 2 WHG vom Planungsverbot sind jetzt in § 78 Abs. 2 WHG zusammengefasst. Bei den bisherigen Zulassungsvoraussetzungen für die Abweichung ist es geblieben. Die Schwierigkeiten, die für die Gemeinden bestehen, nachzuweisen, dass keine anderen Möglichkeiten der Siedlungsentwicklung bestehen oder geschaffen werden können (§ 78 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 WHG), die Hochwasserrückhaltung nicht beeinträchtigt und der Verlust von verlorengelassenem Rückhalteraum umfangs-, funktions- und zeitgleich ausgeglichen wird³³⁹ (§ 78 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 WHG),³⁴⁰ sind durch die gesetzliche Neuregelung nur unwesentlich abgemildert worden. Eine Erleichterung ist nur insoweit geschaffen worden, als § 77 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 WHG jetzt auch eine Bevorratung von Rückhalteflächen ermöglicht und damit die Gemeinden in die Lage versetzt, den etwa bei der künftigen Ausweisung von Baugebieten in Überschwemmungsgebieten zu erwartenden erforderlichen Ausgleich von hierdurch verlorengelassenem Retentionsraum frühzeitig durch vorgezogene Maßnahmen sicherzustellen.³⁴¹

Nach wie vor ist eine Ausnahme vom Planungsverbot des § 78 Abs. 1 Satz 1 WHG nur möglich, wenn die Voraussetzungen des § 78 Abs. 2 WHG kumulativ erfüllt werden.³⁴² Insbesondere muss der Ausgleich von durch die Bauleitplanung verlorengelassenem Rückhalteraum zeitgleich erfolgen (§ 78 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 WHG). Dies setzt voraus, dass im Zeitpunkt der Realisierung von im Bauleitplan ausgewiesenen Bauvorhaben die Kompensation insoweit wirksam wird, wie hierdurch Rückhalteraum verlorengelassen wird.³⁴³ Der neue Rückhalteraum muss mindestens das gleiche Speichervolumen wie der durch die Bebauung zerstörte haben.³⁴⁴ Für den Zeitpunkt kommt es nicht auf das Inkrafttreten des Bauleitplans,³⁴⁵ sondern den der Realisierung des Vorhabens an.³⁴⁶

Die jetzt nach § 77 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 WHG mögliche Anrechnung bevorrateter Rückhalteflächen auf den nach § 78 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 WHG erforderlichen umfang- und

³³⁹ Dazu Sachsinger/Schrödter, ZfBR 2015, 339.

³⁴⁰ Zu diesen Voraussetzungen Czychowsky/Reinhardt, WHG, 10. Aufl. 2016, § 78 Rn. 28 ff.; Hünnekens, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, Stand: 88. EL September 2018, § 78 Rn. 24 ff.; Rossi, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp (Hrsg.), WHG AbwAG, Stand: 52. EL Juni 2018, § 78 WHG Rn. 45 ff.; Schmitt, in: BeckOK Umweltrecht, Stand: 45. Ed 5.1.2018, § 78 Rn. 27 ff.; Schmitt, ZfW 2016, 26 ff.; Köck, ZUR 2015, 519 f.; Sachsinger/Schrödter, ZfBR 2015, 539 ff.

³⁴¹ Dazu Hofmann, ZfW 2018, 8.

³⁴² Hünnekens, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, Stand: 88. EL September 2018, § 78 Rn. 23; Sachsinger/Schrödter, ZfBR 2015, 533; Mitschang, ZfBR 2018, 338; Söfker/Runkel, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Hrsg.), BauGB, 131. EL Oktober 2018, § 1 Rn. 178.

³⁴³ Dazu Rossi, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp (Hrsg.), WHG AbwAG, Stand: 52. EL Juni 2018, § 78 WHG Rn. 50; Sachsinger/Schrödter, ZfBR 2015, 540.

³⁴⁴ Sachsinger/Schrödter, ZfBR 2015, 540.

³⁴⁵ So missverständlich Hofmann, ZfW 2018, 8.

³⁴⁶ Sachsinger/Schrödter, ZfBR 2015, 540.

funktionsgleichen Ausgleich verlorengegangenen Retentionsraums erleichtert es den Gemeinden, die Anforderungen an den Ausgleich des Verlustes von Retentionsraum mit der Bauleitplanung zu synchronisieren. Es wird ein Anreiz für sie geschaffen, möglichst frühzeitig Maßnahmen für absehbar erforderliche Ausgleichsmaßnahmen zu schaffen.³⁴⁷ Hiermit soll eine größere Planungsflexibilität erreicht werden.³⁴⁸ Es handelt sich freilich nicht um eine wirklich neue, sondern eher um eine klarstellende Regelung,³⁴⁹ denn nach verbreiteter Auffassung war auch bereits auf der Grundlage des bisherigen Rechts eine Bevorratung von Retentionsflächen in Anlehnung an die Ökokontoregelung in § 16 BNatSchG zulässig.³⁵⁰

Voraussetzung für die Nutzung bevorrateter Kompensationsflächen ist gemäß § 77 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 WHG, dass es sich um vorgezogene Maßnahmen mit dem Ziel des Küstenschutzes oder des Schutzes vor Hochwasser handelt, die zum Zweck des Ausgleichs künftiger Verluste an Rückhalteflächen getroffen worden sind. Das setzt voraus, dass Flächen mit dem Ziel geschaffen wurden, diese später als Ausgleichsmaßnahme für verlorengegangenen Retentionsraum zu nutzen. Besteht eine rechtliche Verpflichtung zur Schaffung dieser Flächen, liegen diese Voraussetzungen nicht vor und zwar selbst dann nicht, wenn die Flächen als Retentionsraum geeignet sind. Auch Brachflächen, auf denen keine Maßnahmen zur Schaffung neuen oder Erweiterung vorhandenen Retentionsraumes durchgeführt werden, erfüllen die Voraussetzungen nach § 78 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 WHG nicht.³⁵¹

Die in § 78 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 WHG getroffene Regelung ist sinnvoll, da sie es den Gemeinden ermöglicht, Retentionsraum quasi „anzusparen“, um ihn später einsetzen zu können, wenn sie infolge der Aufstellung eines Bebauungsplanes Überschwemmungsgebiete beeinträchtigen. Damit werden sie insbesondere in die Lage versetzt, einen zeitgleichen und mengenmäßigen Ausgleich herbeizuführen. Das Erfordernis der Funktionalität wird hierdurch zwar nicht abgemildert, sodass nicht jede im Gemeindegebiet getroffene vorsorgende Maßnahme für den Ausgleich von verlorengegangenen Überschwemmungsgebieten genutzt werden kann. Dies ist im Interesse des Hochwasserschutzes indessen auch

³⁴⁷ Hofmann, ZfW 2018, 8; Reinhardt, NVwZ 2017, 1588.

³⁴⁸ Reinhardt, NVwZ 2017, 1588.

³⁴⁹ So auch die amtliche Begründung, BT- Drs. 18/10879 S. 26.

³⁵⁰ In diesem Sinne Köck, ZUR 2015, 520; Schrödter, in: ders. (Hrsg.), BauGB, 9. Aufl. 2019, § 1 Rn. 530; Schink, UPR 2015, 288, 292. vgl. auch Wagner/Wahlhäuser, DVBl. 2018, 475.

³⁵¹ Schink, in: ders./Fellenberg (Hrsg.), WHG, 2019 (i.E.), § 77 Rn. 17.

sinnvoll, da nur ein funktionell adäquater Ausgleich den Status quo des Hochwasserschutzes sicherstellen kann. Darauf aber kommt es an, wenn Retentionsraum als Folge gemeindlicher Bauleitplanung verloren geht.

Allerdings ist zumindest erwägenswert, in Anlehnung an die Regelungen des Naturschutzrechts zum Ökokonto (§ 16 BNatSchG) einen Handel mit angespartem Retentionsraum zuzulassen.³⁵² Das würde für die Planungspraxis eine wesentliche Erleichterung bringen können. Denn auf diese Weise könnte die Gemeinde auch auf zusätzlich geschaffenen Retentionsraum zurückgreifen, der nicht von ihr, sondern von Dritten (wie Wasserverbänden) geschaffen worden ist. Der Hochwasserschutz würde hierdurch nicht beeinträchtigt, denn es müsste durch den eingesetzten Retentionsraum gewährleistet sein, dass der Ausgleich mengenmäßig, zeitgleich mit dem Eingriff und funktionell gleichwertig erfolgt.

Empfehlung:

In Anlehnung an § 16 BNatSchG sollte § 77 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 WHG um eine Regelung über ein Retentionsraumkonto ergänzt werden. Die Regelung sollte es ermöglichen, Retentionsraum schaffende Maßnahmen, die nicht oder nicht vollumfänglich dem Ausgleich eines an anderer Stelle verloren gehenden Retentionsraums dienen, auf einem sogenannten Retentionsraumkonto für zukünftige ausgleichsbedürftige Vorhaben zu bevorraten.

§ 77 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 WHG stellt darüber hinaus ausdrücklich klar, dass ein Ausgleich nach § 77 Abs. 1 Satz 2 WHG auch dann vorliegt, wenn eine naturschutzrechtliche Ausgleichs- und Ersatzmaßnahme nach § 16 Abs. 1 BNatSchG zugleich auch den erforderlichen Ausgleich des verlorenen Retentionsraumes bewirkt.³⁵³ Doppelfunktionale Maßnahmen, die einerseits eine naturschutzrechtliche Kompensationsfunktion und andererseits die Funktion des Ausgleichs von verlorengegangenen Retentionsraum verwirklichen, sind danach ausdrücklich zulässig. Den Gemeinden wird dadurch die Umsetzung des Ausgleichsfordernisses gemäß § 78 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 WHG erleichtert. Ausgeschlossen ist es jedoch, in der Vergangenheit ohne Bezug zum Hochwasserschutz durchgeführte Maßnahmen zu instrumentalisieren und auf diese Weise Eingriffe in einen Retentionsraum zu ermöglichen.³⁵⁴ Erfasst von § 77 Abs. 1 Satz 2 WHG werden z. B. Maßnahmen zur Reak-

³⁵² Für Zulässigkeit bereits nach der jetzigen gesetzlichen Regelung Breuer/Oexle, Vorbeugender Hochwasserschutz in Häfen und Werften, 2018, S. 44 ff.

³⁵³ Dazu Hofmann, ZfW 2018, 8.

³⁵⁴ BR-Drs. 655/1/16, S. 5; Reinhardt, NVwZ 2017, 1588.

tivierung von Altarmen und ehemaligen Überschwemmungsgebieten oder Gewässerrenaturierungen, soweit sie zur Kompensation von Eingriffen in Natur und Landschaft durchgeführt werden und zugleich zusätzlichen Retentionsraum schaffen.³⁵⁵

Von Bedeutung im vorliegenden Zusammenhang ist auch die durch das Hochwasserschutzgesetz II erfolgte Änderung der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung. Nach § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BNatSchG a.F. konnten bevorratete Kompensationsmaßnahmen u. a. nur dann als Ausgleichs- oder Ersatzmaßnahmen i. S. d. § 15 Abs. 1 BNatSchG anerkannt werden, wenn dafür keine öffentlichen Fördermittel in Anspruch genommen wurden. In der Vergangenheit hat dies häufig die Bevorratung von Retentionsmaßnahmen im Hochwasserschutz verhindert, da solche Maßnahmen in der Regel öffentlich gefördert worden sind.³⁵⁶ Hiervon wird jetzt durch § 16 Abs. 1 Satz 2 BNatSchG eine Ausnahme für vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen gemacht, die zugleich der Kompensation von zu erwartenden Eingriffen durch Maßnahmen des Hochwasserschutzes dienen und durch Träger von Hochwasserschutzvorhaben durchgeführt werden oder durchgeführt worden sind. Diese Ausnahmemöglichkeit ist freilich nicht besonders weitreichend. Insbesondere ist sie nicht auf die gemeindliche Bauleitplanung insgesamt anwendbar, sondern nur auf solche Bauleitpläne, durch die Maßnahmen des Hochwasserschutzes festgesetzt werden; damit betrifft sie insbesondere die ohnehin vom Planungsverbot des § 78 Abs. 1 Satz 1 WHG nach Satz 2 dieser Regelung freigestellten Bebauungspläne, die ausschließlich der Verbesserung des Hochwasserschutzes dienen.

Für die gemeindliche Planungspraxis von nicht unerheblicher Bedeutung ist darüber hinaus die Ergänzung des § 78 Abs. 2 WHG um einen Satz 2. Danach sind bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 78 Abs. 2 Satz 1 Nrn. 3 bis 8 WHG auch die Auswirkungen auf die Nachbarschaft zu berücksichtigen. Der Gesetzgeber hat damit auf die bislang unterschiedlich beurteilte Frage reagiert, ob dem Planungsverbot Drittwirkung zukommt.³⁵⁷ Die drittschützende Wirkung der Vorschrift wird durch die Anfügung des Satzes 2 an § 78 Abs. 2 WHG eindeutig klargestellt.

³⁵⁵ Reinhardt, NVwZ 2017, 1588.

³⁵⁶ Vgl. Hofmann, ZfW 2018, 18 f.

³⁵⁷ Für eine drittschützende Wirkung OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 02.03.2010 – 1 A 10176.09 –, juris, Rn. 42; BayVGH, Beschluss vom 16.09.2009 – 15 CS 09.1924 –, juris, Rn. 12; Rossi, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp (Hrsg.), WHG AbwAG, Stand: 52. EL Juni 2018, § 78 WHG Rn. 80; Czychowski/Reinhardt, WHG, 12. Aufl. 2019, § 78 Rn. 46; Zloch, in: Berendes/Frenz/Müggenborg (Hrsg.), WHG, 2. Aufl. 2017, § 78 Rn. 50; Faßbender/Gläß, NVwZ 2011, 1049, 1097; gegen den Drittschutz OVG Sachsen, Urteil vom 09.06.2011 – 1 A 504.09 –, juris, Rn. 53 ff.; Jeromin/Praml, NVwZ 2009, 1079, 1082; Reese, NuR 2011, 19, 25; Hünnekens, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, Stand: 88. EL September 2018, vor § 72 WHG Rn. 34 ff.

Die drittschützende Wirkung erstreckt sich dabei auf die Nachbarschaft. Dazu gehören nicht nur die unmittelbaren Grundstücksnachbarn, sondern alle, deren geschützte Rechtsgüter durch die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung mehr als nur geringfügig beeinträchtigt werden können.³⁵⁸

Für den Rechtsschutz ist die Neuregelung von erheblicher Bedeutung. Aus § 78 Abs. 2 Satz 2 WHG folgt, dass alle, die durch eine nach § 78 Abs. 2 WHG für eine Bauleitplanung zugelassene Ausnahme vom Planungsverbot in Hochwasserschutzgebieten in ihren Rechten nachteilig betroffen sein können, in Normenkontrollverfahren gemäß § 47 VwGO antragsbefugt sind. Dasselbe gilt wegen der Bestimmung des § 78 Abs. 4 Satz 2 WHG auch für Anfechtungsklagen gegen Baugenehmigungen, durch die abweichend vom Verbot des § 78 Abs. 4 WHG die Errichtung baulicher Anlagen zugelassen wird.³⁵⁹

3.8.4 Bauleitplanung in Hochwasserrisikogebieten

In § 78b WHG wird mit Hochwasserrisikogebieten eine neue Gebietskategorie außerhalb von Überschwemmungsgebieten eingeführt. Diese Kategorie ähnelt den in § 31c WHG a. F. bis 2009 geregelten überschwemmungsgefährdeten Gebieten. Risikogebiete sind gemäß § 78b Satz 1 WHG Gebiete, für die nach § 74 Abs. 2 WHG Gefahrenkarten zu erstellen sind und die nicht nach § 76 Abs. 2 oder Abs. 3 WHG als Überschwemmungsgebiete festgesetzt oder vorläufig gesichert sind. Ausgenommen sind Gebiete, die überwiegend von Gezeiten beeinflusst sind, soweit durch Landesrecht nichts anderes bestimmt ist.³⁶⁰

Ein Planungsverbot für die Bauleitplanung besteht in Risikogebieten im Sinne des § 78b Abs. 1 Satz 2 WHG nicht.³⁶¹ Vielmehr gelten hier folgende Beschränkungen: Bei der Ausweisung neuer Baugebiete im Außenbereich oder bei der Überplanung des unbeplanten Innenbereichs sowie der Aufstellung, Änderung oder Ergänzung bestehender qualifizierter Bebauungspläne ist nach § 78b Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WHG insbesondere der Schutz von Leben und Gesundheit und die Vermeidung erheblicher Sachschäden in der Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB zu berücksichtigen; entsprechend gilt diese Regelung für

³⁵⁸ Vgl. Hofmann, ZfW 2018, 9; Faßbender, DÖV 2016, 965, 969.

³⁵⁹ Allgemein zum Rechtsschutz gegen die Bauleitplanung und Zulassung von Vorhaben in Hochwasserschutzgebieten Rossi, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp (Hrsg.), WHG AbwAG, Stand: 52. EL Juni 2018, § 78 WHG Rn. 75 ff.; vgl. auch Faßbender, DÖV 2016, 965 ff.

³⁶⁰ Zum Gebietscharakter von Hochwasserrisikogebieten Reinhardt, NVwZ 2017, 1587; Hofmann, ZfW 2018, 13; zum Gesetzentwurf Wienhues, NordÖR 2016, 441.

³⁶¹ Hofmann, ZfW 2018, 1, 13; Wienhues, NordÖR 2016, 441.

Satzungen nach § 34 Abs. 4 und § 35 Abs. 6 BauGB. Damit wird eigentlich etwas Selbstverständliches zum Ausdruck gebracht. Denn die in § 78b Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WHG genannten Belange dürften auch schon nach dem in § 1 Abs. 6 BauGB enthaltenen Abwägungsgebot zu beachten sein. Wesentliche Fortschritte in Richtung auf den Hochwasserschutz werden deshalb durch die Neuregelung wohl kaum erzielt. Allerdings lenkt § 78b Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WHG den Blick darauf, dass die Gemeinden in der bauleitplanerischen Abwägung darüber zu entscheiden haben, welche Hochwasserschutzmaßnahmen sie zum Schutz von Leben und Gesundheit und von Sachverwerten von Hochwassergefahren festsetzen.³⁶²

Werden außerhalb von Bebauungsplänen bauliche Anlagen in Hochwasserrisikogebieten errichtet, müssen sie nach § 78b Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 WHG in einer dem jeweiligen Hochwasserrisiko angepassten Bauweise nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik errichtet bzw. erweitert werden, soweit eine solche Bauweise nach Art und Funktion der Anlage technisch möglich ist. Bei den Anforderungen an die Bauweise soll auch die Lage des betroffenen Grundstücks und die Höhe des möglichen Schadens angemessen berücksichtigt werden. Die Regelung enthält keine unbedingte Verpflichtung, sondern ist als Sollvorschrift ausgestaltet, sodass in begründeten Einzelfällen von den Anforderungen abgewichen werden kann.³⁶³ Ein Bauverbot besteht nicht. Im Übrigen sind die Anforderungen zwar einerseits hinreichend flexibel, um das Bauvorhaben den jeweiligen Erfordernissen des Hochwasserschutzes unter Berücksichtigung der Hochwassergefahr und der Funktion des Gebäudes anpassen zu können. Andererseits ist die Regelung aber so pauschal, dass Zweifel daran bestehen, ob sie wirklich einen Beitrag zum vorbeugenden Hochwasserschutz leisten kann.³⁶⁴ Dazu trägt im Übrigen auch bei, dass die Pflichten aus § 78b Satz 2 Nr. 2 WHG durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz begrenzt werden.

Empfehlung:

Obwohl zweifelhaft erscheint, ob § 78b WHG den vorbeugenden Hochwasserschutz stärkt, dürfte eine Änderung mangels ausreichender Erfahrungen mit der Regelung zum gegenwärtigen Zeitpunkt (noch) nicht sinnvoll sein.

³⁶² So Hofmann, ZfW 2018, 14. Vgl. auch Reinhardt, NVwZ 2017, 1585: lediglich klarstellende Bedeutung, und Mitschang, ZfBR 2018, 338 f.; Fischer/Heyn, I+E 2018, 163.

³⁶³ Zu dieser Wirkung von „Soll“-Vorschriften Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 7 Rn. 11 ff.; Erbguth/Guckelberger, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 2018, § 14 Rn. 37.

³⁶⁴ So zutreffend Reinhardt, NVwZ 2017, 1587.

3.8.5 Hochwasserentstehungsgebiete (§ 78d WHG)

Ein Planungsverbot für die Bauleitplanung besteht auch nicht in Hochwasserentstehungsgebieten. Dies sind gemäß § 78d Abs. 1 WHG solche Gebiete, in denen bei Starkniederschlägen oder Schneeschmelze in kurzer Zeit starke oberirdische Abflüsse entstehen können, die zu einer Hochwassergefahr an oberirdischen Gewässern und damit zu einer erheblichen Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung führen können. Die Länder sind ermächtigt, Kriterien für das Vorliegen von Hochwasserentstehungsgebieten festzulegen; dabei haben sie die Anforderungen des § 78d Abs. 2 Satz 2 WHG zu beachten. Durch Rechtsverordnung können sie Hochwasserentstehungsgebiete festsetzen (§ 78d Abs. 2 Satz 3 WHG).

Für die Bauleitplanung bestimmt § 78d Abs. 6 WHG, dass bei der Ausweisung neuer Baugebiete im Außenbereich in der Abwägung nach § 1 Abs. 6 BauGB insbesondere zu berücksichtigen sind:

- die Vermeidung einer Beeinträchtigung des Wasserversickerungs- oder Wasserrückhaltevermögens des Bodens und
- der Ausgleich einer Beeinträchtigung durch Maßnahmen wie das Anlegen von Wald oder die Schaffung von Rückhalteräumen im Hochwasserentstehungsgebiet.

Diese Regelung soll die Bauleitplanung inhaltlich in einer Weise lenken, dass sie den Erfordernissen des Schutzes von Hochwasserentstehungsgebieten gerecht wird. Bauleitpläne müssen hiernach darauf abzielen, insbesondere die Anforderungen des § 78d Abs. 3 WHG zu beachten und das natürliche Wasserversickerungs- und Wasserrückhaltevermögen des Bodens zu erhalten oder zu verbessern, Böden nach Möglichkeit zu entsiegeln oder durch nachhaltige Aufforstung geeigneter Gebiete das Wasserrückhaltevermögen zu verbessern. Eine unbedingte Rechtspflicht enthält § 78d Abs. 4 WHG dabei nicht. Vielmehr sind die genannten Anforderungen lediglich im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen, können also hinter anderen im Einzelfall gewichtigeren Belangen zurückgestellt werden.³⁶⁵ Der Schutz von Hochwasserentstehungsgebieten hat nach § 78d Abs. 6 WHG auch keine herausgehobene Bedeutung gegenüber anderen Belangen; ein Abwägungsvorrang ist § 78d Abs. 6 WHG nicht zu entnehmen.

³⁶⁵

Mitschang, ZfBR 2018, 339; Fischer/Heyn, I+E 2018, 163; Söfker/Runkel, in: EZBK, § 1 Rn. 178d.

Für die Gemeinden und die gemeindliche Bauleitplanung von Bedeutung ist im Übrigen § 78d Abs. 4 WHG. Hiernach besteht eine Genehmigungspflicht für den Bau neuer Straßen (§ 78d Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 WHG). Werden in Wasserentstehungsgebieten i. S. d. § 78d Abs. 1 WHG neue Gemeindestraßen angelegt, kann dies deshalb nur mit einer Genehmigung durch die zuständige Behörde erfolgen. Die Regelung des § 78d Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 WHG ist auch für die Bauleitplanung von Bedeutung. Erfolgt eine Straßenplanung durch einen Bebauungsplan, ist § 78d Abs. 4 Satz 4 WHG zu beachten. Danach bedarf es hierfür zwar keiner Genehmigung der zuständigen Behörde; die Gemeinde muss jedoch die Genehmigungsvoraussetzungen des § 78d Abs. 5 WHG in der Bauleitplanung beachten und hierüber im Benehmen mit der zuständigen Wasserbehörde entscheiden. Die Genehmigungsvoraussetzungen des § 78d Abs. 5 WHG sind bei der Planung von Straßen durch einen Bebauungsplan strikt zu beachten. Zulässig ist die Anlegung von Straßen hiernach nur, wenn das Wasserversickerungs- oder Wasserrückhaltevermögen des Bodens hierdurch nicht beeinträchtigt wird oder durch Maßnahmen wie das Anlegen von Wald oder die Schaffung von Rückhalteräumen im Hochwasserentstehungsgebiet angemessen ausgeglichen wird.

Empfehlung:

Die Regelung des § 78d Abs. 4 WHG ist im Sinne des Hochwasserschutzes zu begrüßen, da sie darauf abzielt, eine Flächenversiegelung zu begrenzen und damit Hochwassergefahren zu verringern. Auch für diese Regelung gilt, dass es angesichts fehlender Erfahrungen mit ihrer Anwendung nicht sinnvoll ist, eine Anpassung vorzunehmen.

3.8.6 Zulassung von Bauvorhaben

Nach § 78 Abs. 5 WHG kann die zuständige Behörde abweichend von § 78 Abs. 4 Satz 1 WHG die Errichtung oder Erweiterung einer baulichen Anlage im Einzelfall genehmigen, wenn

1. das Vorhaben
 - a) die Hochwasserrückhaltung nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt und der Verlust von verloren gehendem Rückhalteraum umfang-, funktions- und zeitgleich ausgeglichen wird,
 - b) den Wasserstand und den Abfluss bei Hochwasser nicht nachteilig verändert,
 - c) den bestehenden Hochwasserschutz nicht beeinträchtigt und

d) hochwasserangepasst ausgeführt wird oder

2. die nachteiligen Auswirkungen durch Nebenbestimmungen ausgeglichen werden können.

Dabei sind auch die Auswirkungen auf die Nachbarschaft zu berücksichtigen. Vorhaben in beplanten Gebieten nach § 30 BauGB können nach § 78 Abs. 6 WHG begünstigt werden. Sie können in der Festsetzung von Überschwemmungsgebieten generell oder dann zugelassen werden, wenn sie ihrer Bauart nach so beschaffen sind, dass die Einhaltung der Voraussetzungen des § 78 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 WHG gewährleistet ist.

Die in § 78 Abs. 5 getroffenen Bestimmungen sind sinnvoll, da sie sicherstellen, dass bei der Zulassung von Bauvorhaben den Belangen des Hochwasserschutzes Rechnung getragen wird. Allerdings ist es angesichts der Planungsverbote nach § 78 Abs. 1 WHG, der Ausnahmeregelung des § 78 Abs. 2 WHG und der Abwägungsdirektiven des § 78 Abs. 3 WHG sowie des BauGB nicht sinnvoll, die Zulassung von Vorhaben nach § 30 BauGB zu beschränken. Jedenfalls für Bauleitpläne, die nach Inkrafttreten des Hochwasserschutzgesetzes II verabschiedet worden sind, kann angenommen werden, dass sie den Belangen des Hochwasserschutzes hinreichend Rechnung tragen. Deshalb sollte die Regelung des § 78 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 WHG nur für solche Vorhaben nach § 30 BauGB Anwendung finden, die vor dem 01.01.2018 rechtswirksam geworden sind.

Empfehlung:

Die Restriktionen aus § 78 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 BauGB sollten auf Verfahren nach § 30 BauGB in Bebauungsplänen begrenzt werden, die vor dem 01.01.2018 rechtswirksam geworden sind.

3.8.7 Sonstige Schutzvorschriften für festgesetzte Überschwemmungsgebiete (§ 78a WHG)

In festgesetzten Überschwemmungsgebieten ist nach der Neuregelung im Hochwasserschutzgesetz II jetzt auch die Lagerung wassergefährdender Stoffe außerhalb von Anlagen untersagt (§ 78 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 WHG). Ausnahmen von diesem Verbot können nach § 78 Abs. 2 Satz 1 WHG im Einzelfall zulassen werden, wenn

1. Belange des Wohls der Allgemeinheit dem nicht entgegenstehen,
2. der Hochwasserabfluss und die Hochwasserrückhaltung nicht wesentlich beeinträchtigt werden und
3. eine Gefährdung von Leben oder Gesundheit oder erhebliche Sachschäden nicht zu befürchten sind

oder wenn die nachteiligen Auswirkungen durch Nebenbestimmungen ausgeglichen werden können.

Die Regelung ist sinnvoll, da sie Gefahren vorbeugt, die durch eine Lagerung wassergefährdender Stoffe außerhalb von Anlagen in Wasserschutzgebieten bestehen können. Die Ausnahmeregelung des § 78a Abs. 2 Satz 1 WHG stellt hinreichend sicher, dass eine Lagerung dann zulässig ist, wenn hierdurch keine Hochwassergefahren erhöht und eine Gefährdung von Leib oder Leben im Fall eines Hochwassers nicht zu besorgen ist.

Empfehlung:

Die Neuregelung eines Verbots der Lagerung von wassergefährdenden Stoffen außerhalb von Anlagen in festgesetzten Überschwemmungsgebieten (§ 78a Abs. 1 Nr. 3 WHG) ist sinnvoll; Anpassungsbedarf besteht insoweit nicht.

3.8.8 Enteignungsrechtliche Instrumente/Vorkaufsrecht

Im Rahmen des Hochwasserschutzgesetzes II wurde auch die Enteignungsregelung des § 71 Abs. 2 WHG verschärft. Während bislang im Planfeststellungsbeschluss für Hochwasserschutzmaßnahmen bestimmt werden musste, dass zur Durchführung des Plans eine Enteignung zulässig ist, ist sie nach der Neuregelung kraft Gesetzes auch ohne Anordnung im Planfeststellungsbeschluss ohne weiteres zulässig. Darüber hinaus ermöglicht § 71a WHG eine vorzeitige Besitzeinweisung. § 99a WHG enthält zudem eine Regelung zum Vorkaufsrecht. Das Vorkaufsrecht kann jetzt auch zu Gunsten von Körperschaften und Stiftungen des öffentlichen Rechts ausgeübt werden. Damit soll ein Flächenmanagement der öffentlichen Hand für den Hochwasserschutz ermöglicht werden. Hintergrund ist, dass es in der Vergangenheit häufig nicht gelungen ist, Grundstücke zu erwerben, die für Maßnahmen des Hochwasserschutzes in Anspruch genommen werden sollen. Dadurch hat sich die Umsetzung solcher Vorhaben zum Teil nicht unerheblich verzögert – mit nachteiligen Folgen für den Hochwasserschutz.

Die getroffenen Regelungen sind insgesamt geeignet, solche Maßnahmen schneller umsetzen zu können und damit den Hochwasserschutz zu verbessern.

Empfehlung:

Die Neuregelungen zur Enteignung (§ 71 Abs. 2 WHG), zur vorzeitigen Besitzeinweisung (§ 71a WHG) und zum Vorkaufsrecht (§ 99a WHG) sind dazu geeignet, solche Maßnahmen schneller umsetzen zu können und damit den Hochwasserschutz zu verbessern; auch insoweit bedarf es keiner weitergehenden Anpassungen.

3.9 Wasserschutzgebiete

3.9.1 Schutzzonenkonzept und Gefährdungsklassen nach der AwSV

Trinkwasserschutzgebiete sollen nach Maßgabe der allgemein anerkannten Regeln der Technik in Zonen mit unterschiedlichen Schutzbestimmungen unterteilt werden (vgl. § 51 Abs. 2 WHG). Regelmäßig werden Wasserschutzgebiete in drei Zonen mit unterschiedlicher Schutzintensität eingeteilt, wobei die Wasserschutzzone III das geringste Schutzniveau aufweist. Anhaltspunkte dafür, mit welcher Einteilung der Zonen und mit welchen Anordnungen der besondere Schutz in den Wasserschutzgebieten zu erreichen ist, enthalten die vom Deutschen Verein des Gas- und Wasserfachs (DVGW) herausgegebenen Richtlinien für Trinkwasserschutzgebiete, die landesrechtlich durch Verwaltungsvorschriften eingeführt worden sind³⁶⁶ und die nach der Rechtsprechung als „antizipiertes Sachverständigengutachten“ oder als Zusammenfassung „allgemein anerkannter Regeln der Technik“ herangezogen werden können.³⁶⁷

Die Richtlinien für Trinkwasserschutzgebiete enthalten in Ziffer 7 allgemeine schutzzonenbezogene Vorgaben für die in Verordnungen zur Ausweisung von Wasserschutzgebieten zu konkretisierenden Handlungs- und Einrichtungsverbote: In der Wasserschutzzone I dürfen Handlungen, Einrichtungen und Vorgänge mit Ausnahme von Maßnahmen zur Sicherung der Wassergewinnung grundsätzlich nicht vorgenommen werden. In der Wasserschutzzone II ist u. a. der Neubau von Verkehrswegen in der Regel nicht zulässig. Zudem wird der Errichtung, der Erweiterung und dem Betrieb von baulichen Anlagen allgemein ein sehr hohes Gefährdungspotenzial zugemessen. Für die Wasserschutzzone III gelten deutlich geringere Einschränkungen. Die Richtlinien für Trinkwasserschutzgebiete geben den Ordnungsgebern zum Schutzniveau dieser Zonen nur „Hinweise auf Gefährdungen mit Prüfungsbedarf“ vor. Dabei wird zwischen drei Stufen des Gefährdungspotenzials differenziert („sehr hohes“, „hohes“ und „weniger hohes“ Gefährdungspotenzial). So wird etwa dem Neu-, Um- und Ausbau von Straßen in der Schutzzone IIIB ein weniger hohes Gefährdungspotenzial, also das Gefährdungspotenzial mit der geringsten Gefährdungsstufe, zugeteilt. Gleiches gilt etwa für die Errichtung, die Erweiterung und den Betrieb

³⁶⁶ Czychowski/Reinhardt, WHG, 12. Aufl. 2019, § 51 Rn. 70.

³⁶⁷ DVGW, Arbeitsblatt W 101 (2006-06), Richtlinien für Trinkwasserschutzgebiete; I. Teil: Schutzgebiete für Grundwasser, abrufbar unter: <https://www.dvgw-regelwerk.de/plus/#technische-regel/dvgw-arbeitsblatt-w-101/d7693c>; vgl. hierzu auch BVerwG, Beschluss vom 25.05.2016 – 7 BN 1.15 –, juris, Rn. 13; VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 26.03.2015 – 3 S 166.14 –, juris, Rn. 49; Czychowski/Reinhardt, WHG, 12. Aufl. 2019, § 51 Rn. 70 m. w. N.

von baulichen Anlagen mit Eingriffen in den Untergrund (über dem Grundwasser) sowie für Baustelleneinrichtungen. Lediglich der Errichtung, der Erweiterung und dem Betrieb von baulichen Anlagen mit Eingriffen in den Untergrund (im Grundwasser) wird ein hohes Gefährdungspotenzial in den Schutzzonen der Kategorie IIIB zugesprochen. Für den Neu-, Um- und Ausbau von Straßen in der Schutzzone IIIA gilt nach der Tabelle 1 der Richtlinien für Trinkwasserschutzgebiete ebenfalls ein hohes Gefährdungspotenzial.

An diesem System der Schutzzonen und den abgestuften Vorgaben für Handlungsverbote sollte grundsätzlich festgehalten werden. Die Einteilung der Stufen erfolgt anhand der vorhandenen topographischen Gegebenheiten und ist weitgehend anerkannt.³⁶⁸ Die Einstufung in die Schutzzonen findet zudem auch in verwandten Rechtsmaterien Anwendung, wie etwa bei den Vorgaben der AwSV für Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen in Schutzgebieten gemäß § 49 AwSV³⁶⁹ oder bei der Planung von Konzentrationszonen für Windenergieanlagen in der Regionalplanung.³⁷⁰

Empfehlung:

An dem allgemein anerkannten Schutzzonenkonzept für Trinkwasserschutzgebiete (vgl. § 51 Abs. 2 WHG) sollte festgehalten werden.

3.9.2 Befreiungen für Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen

Gemäß § 49 Abs. 1 AwSV sind die Errichtung und der Betrieb von Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen (vgl. § 2 Abs. 9 AwSV) im Fassungsbereich (Schutzzone I) und in der engeren Zone (Schutzzone II) von Schutzgebieten grundsätzlich verboten. In der weiteren Zone (Schutzzone III) gelten für die Errichtung und Erweiterung von Anlagen die Beschränkungen nach Maßgabe von § 49 Abs. 2 und Abs. 3 AwSV. Von den Errichtungs- und Betriebsverboten des § 49 Abs. 1 und 2 AwSV kann nur dann eine Befreiung erteilt werden, wenn

1. das Wohl der Allgemeinheit dies erfordert oder das Verbot zu einer unzumutbaren Härte führen würde und
2. der Schutzzweck des Schutzgebietes nicht beeinträchtigt wird.

³⁶⁸ VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 26.03.2015 – 3 S 166.14 –, juris, Rn. 49.

³⁶⁹ Gemäß § 49 Abs. 1 AwSV dürfen in den Schutzzonen I und II keine Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen errichtet und betrieben werden. Für die Schutzzone III gelten die ungleich geringeren Einschränkungen des § 49 Abs. 2 und Abs. 3 AwSV, wobei Befreiungen von den Anforderungen und Verboten gemäß § 49 Abs. 4 AwSV für alle Schutzzonen möglich bleiben.

³⁷⁰ Zur Zuordnung der Schutzzonen I und II zu sog. harten Tabuzonen für die Windenergienutzung vgl. etwa die Tabelle 3 der Anlage 1 zum Niedersächsischen Windenergieerlass, Nds. Ministerialblatt 2016, 190, 210.

Die Befreiungsvoraussetzungen sind mithin – auch im Vergleich zu anderen Befreiungsvorschriften wie etwa § 31 Abs. 2 BauGB³⁷¹ – sehr hoch und werden nur vereinzelt gegeben sein. Dies erscheint angesichts der teilweise grobmaschigen Einstufung der Schutzzone (insbesondere der Schutzzone III) und der Ausgestaltung der Norm als Ermessensvorschrift als zu eng. Dies gilt insbesondere, weil der Verordnungsgeber bei solchen Schutzgebieten, die eine Unterteilung der Schutzzone III vorsehen, für den äußeren Bereich überhaupt keine anlagenbezogenen Zulassungsanforderungen stellt und auch über § 49 Abs. 5 AwSV keine weitergehenden landesrechtlichen Einschränkungen zulässt (vgl. § 2 Abs. 32 Satz 2 AwSV). Ausreichend dürfte es daher sein, neben der Nichtbeeinträchtigung des Schutzzwecks des Schutzgebietes (Nr. 2) ein Vertretbarkeitskriterium vergleichbar § 31 Abs. 2 Nr. 2 BauGB³⁷² festzulegen. Auf diese Weise können unnötige Beschränkungen der wirtschaftlichen Nutzbarkeit von Flächen in Wasserschutzgebieten verhindert werden, ohne dass zugleich der Schutzzweck des Gebiets in Abrede gestellt wird.

Empfehlung:

Die Befreiungsvoraussetzungen für Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen in Wasserschutzgebieten gemäß § 49 Abs. 4 AwSV sollten reduziert werden. Ausreichend dürfte es sein, neben der Nichtbeeinträchtigung des Schutzzwecks des Schutzgebietes (Nr. 2) lediglich ein – § 31 Abs. 2 Nr. 2 BauGB vergleichbares – Vertretbarkeitskriterium festzulegen.

3.9.3 Öffnungsklausel für weitergehende landesrechtliche Beschränkungen

Gemäß § 49 Abs. 5 AwSV können die Errichtungs- und Erweiterungsverbote gemäß § 49 Abs. 2 AwSV sowie die Beschränkungen gemäß § 49 Abs. 3 AwSV nach Maßgabe von landesrechtlichen Verordnungen zur Festsetzung von Schutzgebieten noch weiter verschärft werden. Die Öffnungsklausel ermöglicht neben der Ergänzung der Errichtungs- und Erweiterungsverbote des Absatzes 2 um weitere Anlagenarten auch die Verschärfung der inhaltlichen Vorgaben für Lageranlagen in der Schutzzone III. Insbesondere können auf diese Weise auch die Privilegierungen des Abschnitts 3 der AwSV für Lageranlagen

³⁷¹ Vgl. hierzu etwa Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Hrsg.), Baugesetzbuch, 13. Aufl. 2016, § 31 Rn. 27 ff.; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Hrsg.), Baugesetzbuch, Stand: Oktober 2018, § 31 Rn. 29 ff.

³⁷² S. hierzu BVerwG, Urteil vom 17.12.1998 – 4 C 16/97 –, BVerwGE 108, 190; BayVGH, Urteil vom 24.03.2011 – 2 B 11/59 –, BauR 2011, 1785; Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch, 13. Aufl. 2016, § 31 Rn. 36 ff.; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch, Stand: Oktober 2018, § 31 Rn. 46 ff.

abbedungen werden. Ob darüber hinausgehend auch erweiterte Anforderungen für Umschlaganlagen gemäß § 28 AwSV, für Anlagen des trimodalen Verkehrs gemäß § 29 AwSV oder für Anlagen zum Laden und Löschen von Schiffen gemäß § 30 AwSV in landesrechtlichen Verordnungen festgelegt werden können, ist zwar nicht ausdrücklich normiert. Die Möglichkeit zur Festlegung eines Errichtungs- und Erweiterungsverbotes gemäß § 49 Abs. 2 AwSV legt eine entsprechende Ermächtigung indes nahe. Diese Befugnisse der Landesgesetzgeber, insbesondere auch zur Aushebelung von anlagebezogenen Spezialregelungen der AwSV, erscheinen zu weitreichend und nicht gerechtfertigt. Dies gilt erst recht vor dem Hintergrund der sehr strengen Befreiungsvoraussetzungen des § 49 Abs. 4 AwSV. Auch die Einschränkung der Anwendbarkeit von § 49 Abs. 5 AwSV bei Schutzgebieten mit einer unterteilten Schutzzone III durch § 2 Abs. 32 Satz 2 AwSV macht die Erforderlichkeit einer Einschränkung deutlich. Denn anderenfalls würde es zu Wertungswidersprüchen in Bezug auf die Zulässigkeit von Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen in der Schutzzone III verschiedener Schutzgebiete kommen. Während bestimmte Anlagenarten in den Schutzzonen eines Wasserschutzgebietes auf der Basis von § 49 Abs. 5 AwSV vollständig ausgeschlossen werden könnten, würden bei Wasserschutzgebieten mit einer untergliederten Schutzzone III in der Schutzzone IIIB nicht einmal die Vorgaben gemäß § 49 AwSV greifen.

Empfehlung:

Die Öffnungsklausel für noch strengere Regelungen in landesrechtlichen Schutzgebietsverordnungen gemäß § 49 Abs. 5 AwSV sollte dahingehend eingeschränkt werden, dass strengere Regelungen für die Zulassung von Anlagen in der Schutzzone III nur bei einer Untergliederung der Schutzzone III und ausschließlich für den inneren Bereich (Schutzzone IIIA) möglich sind. Zudem sollte die Einschränkung die Rückausnahme für die in § 49 Abs. 3 Satz 2 AwSV genannten Anlagen umfassen.

Gemäß § 2 Abs. 32 Satz 2 AwSV gilt bei der Unterteilung der weiteren Zone in Schutzzone IIIA und Schutzzone IIIB, dass nur der innere Bereich, also die Schutzzone IIIA ein Schutzgebiet i. S. d. AwSV ist. Die Errichtungs- und Erweiterungsbeschränkungen gemäß § 49 Abs. 2 und 3 AwSV gelten mithin nicht für die Schutzzone IIIB (vgl. hierzu bereits vorstehend unter 3.9.1 bis 3.9.3). Dies sollte zur Anwendungsfreundlichkeit der AwSV in den Regelungen des § 49 Abs. 2 und 3 AwSV auch klar zum Ausdruck kommen. Zudem ist angesichts der aktuellen Rechtslage unklar, ob die Öffnungsklausel für noch strengere landesrechtliche Vorschriften gemäß § 49 Abs. 5 AwSV erlaubt, dass die Errichtungs-

und Erweiterungsverbote auch auf die Schutzzone IIIB erweitert werden können. Die Legaldefinition des § 2 Abs. 32 Satz 2 AwSV spricht gegen diese Auslegung. Gleichwohl besteht für die Praxis ein Klarstellungsbedürfnis. Sofern der vorstehend empfohlenen Einschränkung des § 49 Abs. 5 AwSV nicht gefolgt würde, sollte in § 49 Abs. 5 AwSV zumindest klargestellt werden, dass die Öffnungsklausel nicht für anlagebezogene Beschränkungen in der Schutzzone IIIB gilt.

Empfehlung:

Der Schutzgebetsbegriff der AwSV sollte inhaltlich beibehalten bleiben. Unabhängig davon sollte die begriffliche Beschränkung auf den inneren Bereich der weiteren Zone („Schutzzone IIIA“) auch in § 49 AwSV klarer zum Ausdruck kommen. Zudem sollte klargestellt werden, dass die Öffnungsklausel des § 49 Abs. 5 AwSV nicht die Befugnis eröffnet, die Errichtungs- und Erweiterungsverbote auch auf die Schutzzone IIIB auszuweiten, sofern nicht bereits der empfohlenen Einschränkung der Öffnungsklausel gefolgt wird.

3.9.4 Zulassungsvoraussetzungen für Verkehrsinfrastrukturen, Umschlag- und Lageranlagen in Wasserschutzgebieten

Dass die Straßenplanung auf den Flächen eines bestehenden oder in Aufstellung befindlichen Wasserschutzgebietes nicht von vornherein und uneingeschränkt ausgeschlossen ist, ergibt sich u. a. aus den Richtlinien für bautechnische Maßnahmen an Straßen in Wassergewinnungsgebieten (RiStWag).³⁷³ Soweit eine Trasse den räumlichen Geltungsbereich eines Wasserschutzgebietes berührt, hat die bauliche Ausgestaltung die Anforderungen der RiStWag zu beachten.³⁷⁴ Die Trassenführung durch ein Wasserschutzgebiet ist mithin nicht ausgeschlossen. Zwar ist gemäß Nr. 4.1 RiStWag im Grundsatz eine räumliche Trennung von Straßen und Wassergewinnungsgebieten anzustreben. Ist eine räumliche Trennung jedoch im Einzelfall aus gewichtigen Gründen nicht möglich,

„sind die notwendigen bautechnischen Schutzmaßnahmen in Abstimmung mit den Wasserbehörden und den Wasserversorgungsunternehmen unter Berücksichtigung der zukünftigen Verkehrsentwicklung zu treffen.“³⁷⁵

³⁷³ Forschungsgesellschaft für Straßen- und Verkehrswesen, Arbeitsgruppe Erd- und Grundbau, in: FGSV, Richtlinien für bautechnische Maßnahmen an Straßen in Wasserschutzgebieten (RiStWag), Ausgabe 2002; abrufbar unter: <https://www.tib.eu/de>.

³⁷⁴ BVerwG, Urteil vom 18.03.2009 – 9 A 39.07 –, BVerwGE 133, 239, 269.

³⁷⁵ VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 04.07.1991 – 5 S 3868.88 –, juris, Rn. 80.

Zumindest diese wesentlichen Grundaussagen der RiStWag sollten angesichts dieser in der Rechtsprechung anerkannten Bedeutung der Richtlinien entweder im WHG oder in den Landeswassergesetzen deklaratorisch normiert werden.

Empfehlung:

Die in den Richtlinien für bautechnische Maßnahmen an Straßen in Wassergewinnungsgebieten (RiStWag) enthaltenen Vorgaben sowie die hierzu ergangene obergerichtliche Rechtsprechung sollte jedenfalls in den wesentlichen Grundzügen klarstellend im WHG oder in den Landeswassergesetzen geregelt werden. Dies gilt insbesondere für den Grundsatz der räumlichen Trennung von Straßen und Gewinnungsanlagen und die gewichtigen Gründe, unter denen von der räumlichen Trennung im Einzelfall abgesehen werden kann.

3.9.5 Rechtsschutz gegen die Ausweisung von Wasserschutzgebieten

Gemäß § 51 Abs. 1 Satz 1 WHG werden Wasserschutzgebiete durch Rechtsverordnung festgesetzt. Sachlich zuständig sind für die Festsetzung entweder die Landesregierungen oder (in den meisten Bundesländern) andere nach Landesrecht ermächtigte Landesbehörden.³⁷⁶ Eine abstrakte Normenkontrolle ist gegen die Rechtsverordnung über die erstmalige Ausweisung oder die Änderung eines Wasserschutzgebietes nur zulässig, wenn das Landesrecht dies bestimmt (§ 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO). Eine entsprechende Regelung gilt etwa in Nordrhein-Westfalen seit der Einführung des § 109a JustizG NRW. In vielen anderen, jedoch nicht in allen Bundesländern sind Normenkontrollen ebenfalls zulässig.³⁷⁷

In den Bundesländern, in denen die Normenkontrolle durch das Landesrecht nicht eröffnet ist, kommt lediglich eine Feststellungsklage hinsichtlich einzelner besonderer Anforderungen in der Wasserschutzgebietsverordnung in Betracht.³⁷⁸ Im Übrigen besteht unbestritten die Möglichkeit zur inzidenten Normenkontrolle der Wasserschutzgebietsverordnung. Diese sekundären bzw. zeitlich stark verzögerten Rechtsschutzmöglichkeiten werden jedoch weder nach Art und Umfang der Nutzungsbeschränkungen einer Wasserschutzgebietsverordnung, die gemäß § 52 Abs. 3 WHG sogar behördliche Maßnahmen außerhalb des Schutzgebietes ermöglichen, noch den materiell-rechtlichen Anforderungen bzw. Beschränkungen des Verordnungsgebers gemäß § 51 und 52 WHG gerecht („soweit

³⁷⁶ Zu den erfolgten Subdelegationen vgl. Czychowski/Reinhardt, WHG, 12. Aufl. 2019, § 51 Rn. 52.

³⁷⁷ Vgl. hierzu die Aufzählung bei Czychowski/Reinhardt, WHG, 12. Aufl. 2019, § 51 Rn. 62; vgl. auch BayVGH, Urteil vom 13.06.1996 – 22 N 93.2863 –, ZfW 1997, 178 ff.

³⁷⁸ Czychowski/Reinhardt, WHG, 12. Aufl. 2019, § 51 Rn. 62.

es das Wohl der Allgemeinheit erfordert, (...)“, „soweit der Schutzzweck dies erfordert, (...)“, Unterteilung in Zonen anhand der allgemein anerkannten Regeln der Technik).

Empfehlung:

Der Rechtsschutz gegen freiheitseinschränkende Ge- und Verbote in Wasserschutzgebietsverordnungen sollte sich nicht allein auf die Inzidenzkontrolle anlässlich etwaiger Zulassungs- oder Ordnungswidrigkeitenverfahren beschränken. Die erstmalige Ausweisung, die Änderung oder die räumliche Erweiterung von Wasserschutzgebieten sollte daher grundsätzlich in allen Bundesländern von betroffenen Privaten, in ihren Aufgaben berührten Trägern öffentlicher Belange sowie durch anerkannte Umweltvereinigungen mittels Erhebung einer abstrakten Normenkontrolle binnen Jahresfrist der gerichtlichen Überprüfung zugeführt werden können.

3.10 Gewässerschutzbeauftragte (§§ 64, 65 WHG)

Es kann nicht allein Aufgabe der zuständigen Behörden sein, die Einhaltung der Vorgaben des Wasserrechts sowie die Förderung der Belange des Gewässerschutzes zu sichern. Das Gesetz nimmt daher Gewässerbenutzer im Sinne des Kooperationsprinzips³⁷⁹ in die Mitverantwortung, die behördliche Tätigkeit durch entsprechend fachlich kompetente und zuverlässige Personen im Rahmen der Selbstüberwachung³⁸⁰ zu unterstützen.

In der Summe ist das Beauftragtenwesen im Umweltbereich im Allgemeinen und das des Wasserrechts im Besonderen eine Erfolgsgeschichte. Die Regelungen nehmen den Gewässerbenutzer in die Pflicht, einen aktiven Beitrag zur Sicherung der Einhaltung der Vorgaben des Wasserrechts sowie zur Förderung der Belange des Gewässerschutzes zu leisten. Das Beauftragtenwesen bleibt daher sinnvoll, sollte aber in den einzelnen Bereichen weiter harmonisiert und in Teilen konkretisiert werden.

3.10.1 Bestellung von Gewässerschutzbeauftragten

Gemäß § 64 Abs. 1 WHG hat ein Gewässerbenutzer, der pro Tag in Summe mehr als 750 m³ Abwasser unmittelbar in ein Gewässer einleiten darf, einen oder mehrere Betriebsbeauftragte für den Gewässerschutz (Gewässerschutzbeauftragte) zu bestellen. Daneben

³⁷⁹ Statt vieler Hünnekens, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, Stand: September 2018, Vorbemerkungen zu den §§ 64 bis 66 WHG, Rn. 3.

³⁸⁰ Vgl. zur Vorgängerregelung BT-Drs. 7/1088, S. 14; Breuer/Gärditz, Öffentliches und privates Wasserrecht, 4. Aufl. 2017, Rn. 969 m. w. N.; Gößl, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp (Hrsg.), WHG AbwAG, Stand: Juni 2018, § 64 WHG, Rn. 9 f.

kann die zuständige Behörde nach Abs. 2 der Vorschrift auch in anderen Fällen, insbesondere für Einleiter in Abwasseranlagen und Betreiber von Rohrleitungsanlagen oder Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen, eine Bestellung anordnen.

Gewässerschutzbeauftragte sollen den Gewässerschutz befördern, indem sie gemäß § 65 Abs. 1 WHG den Gewässerbenutzer³⁸¹ und die Betriebsangehörigen darin unterstützen, seinen Pflichten im Rahmen der Selbstüberwachung nachzukommen. Gewässerschutzbeauftragte haben sowohl eine beratende als auch eine überwachende³⁸² Funktion. Sie werden hierbei auf Seiten des Gewässerbenutzers tätig, sind also insbesondere kein verlängerter Arm der Behörde und auch nicht mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattet.³⁸³

Die Harmonisierung der einzelnen Regelungen zu den Umweltbeauftragten (insbesondere Immissionsschutz-, Störfall-, Abfall- und Gewässerschutzbeauftragte) war ein wichtiges Anliegen der Bestrebungen zur Schaffung eines Umweltgesetzbuchs. Nach dessen Scheitern sollte weitgehende Einheitlichkeit durch entsprechende Verweisungen auf die immissionsschutzrechtlichen Regelungen erzeugt werden.³⁸⁴ Hier zeigt sich insbesondere in den Regelungen hinsichtlich der Bestellung sowie der Fachkunde und Zuverlässigkeit der Gewässerschutzbeauftragten Nachsteuerungsbedarf.

So enthalten gegenwärtig weder die §§ 64 bis 66 WHG noch die von § 66 WHG in Bezug genommenen §§ 55 bis 58 BImSchG Regelungen zur behördlichen Festlegung der Zahl der zu bestellenden Gewässerschutzbeauftragten oder zum Verzicht auf eine Bestellung. Auch fehlt es an klaren Vorgaben für externe Gewässerschutzbeauftragte und Konzernbeauftragte, die gleichwohl grundsätzlich für zulässig gehalten werden.³⁸⁵ Die praktische Handhabung dürfte indes regional erheblich differieren.

Für Immissionsschutz- und Störfallbeauftragte enthält die Fünfte Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (Verordnung über Immissionsschutz- und Störfallbeauftragte – 5. BImSchV) in ihrem ersten Abschnitt (§§ 1 bis 6) Regelungen zur

³⁸¹ Der Begriff wird hier, wie im Gesetz, auch für diejenigen Akteure verwendet, die keine Gewässerbenutzer im eigentlichen Sinne sind, gegenüber denjenigen aber eine Bestellung angeordnet wurde.

³⁸² Siehe zur nach wohl herrschender Auffassung regelmäßig fehlenden Stellung als Leitungsperson im Sinne von § 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Strafgesetzbuch (StGB) bzw. § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) sowie zur Haftung als Überwachergarant z. B. Breuer/Gärditz, Öffentliches und privates Wasserrecht, 4. Aufl. 2017, Rn. 971; Gößl, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG AbwAG, Stand: Juni 2018, § 66 WHG Rn. 60; für den Immissionsschutzbeauftragten: Scheidler, ZUR 2010, 16, 19.

³⁸³ Vgl. z. B. Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, 49. Ed., § 64 WHG Rn. 4.

³⁸⁴ Hünnekens, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, Stand: September 2018, § 64 WHG Rn. 2.

³⁸⁵ Vgl. Breuer/Gärditz, Öffentliches und privates Wasserrecht, 4. Aufl. 2017, Rn. 976 m. w. N.

Konkretisierung der Bestellungspflicht. So ist z. B. eine Erweiterung des Zuständigkeitsbereichs des Beauftragten auf mehrere Betriebe nur unter den weiteren Voraussetzungen des § 3 der 5. BImSchV zulässig; die Bestellung eines Konzernbeauftragten oder eines externen Beauftragten nach §§ 4 und 5 der 5. BImSchV ist genehmigungspflichtig. § 6 der 5. BImSchV enthält eine Befreiungsmöglichkeit von der Bestellungspflicht.

Die entsprechenden Regelungen basieren indes auf der Ermächtigungsgrundlage aus § 53 Abs. 1 Satz 2 BImSchG³⁸⁶ und nicht auf der von § 66 WHG (u. a.) in Bezug genommenen Ermächtigungsgrundlage des § 55 Abs. 2 Satz 3 BImSchG. Eine Erstreckung der entsprechenden Anwendung dieser Regelungen auf den Gewässerschutzbeauftragten erscheint daher bereits aus diesem Grunde problematisch.

Mangels klarer Vorgaben kommt es zu einer uneinheitlichen Vollzugspraxis in Bezug auf die Bestellung von Gewässerschutzbeauftragten. Zur näheren Konkretisierung und zur Schaffung von Rechtssicherheit sollten daher ausdrückliche Regelungen nach dem Vorbild des ersten Abschnitts der 5. BImSchV oder in einer einheitlichen Verordnung für Umweltbeauftragte geschaffen werden.

Entsprechendes gilt im Wesentlichen für die für eine Bestellung zum Gewässerschutzbeauftragten erforderliche Fachkunde und Zuverlässigkeit. Der von § 66 WHG in Bezug genommene § 55 BImSchG enthält zunächst eine Aufstellung der grundlegenden Pflichten des Betreibers im Verhältnis zum Immissionsschutzbeauftragten. Hierzu zählen Vorgaben zu dessen Bestellung und Unterstützung. Als Bestellungs voraussetzung fordert Abs. 2 der Vorschrift eine entsprechende Fachkunde und Zuverlässigkeit und ermächtigt das zuständige Ministerium das Nähere durch eine entsprechende Verordnung zu regeln. Von dieser Ermächtigungsgrundlage in § 55 Abs. 2 Satz 3 BImSchG³⁸⁷ wurde mit Abschnitt 2 der 5. BImSchV Gebrauch gemacht.

Ob die Verweisung in § 66 WHG u. a. auf § 55 BImSchG sich auch auf die 5. BImSchV bzw., genauer gesagt, deren Abschnitt 2 und damit auf die dortigen Regelungen über die Fachkunde und Zuverlässigkeit der Immissionsschutz- und Störfallbeauftragten erstreckt, ist umstritten.³⁸⁸ Inhaltlich passen zumindest die Vorgaben zur Fachkunde der Beauftragten zunächst nicht vollständig auf den Gewässerschutzbeauftragten und wären im Rahmen

³⁸⁶ Bzw. zusätzlich für den Störfallbeauftragten auf § 58a Abs. 1 Satz 2 BImSchG.

³⁸⁷ Sowie von § 58c Abs. 1 Hs. 2 BImSchG für Störfallbeauftragte.

³⁸⁸ Vgl. die Streitdarstellung bei Nagel, ZfW 2012, 71, 76 ff. Soweit eine entsprechende Anwendung der 5. BImSchV für ausgeschlossen gehalten wird, wird gleichwohl eine inhaltliche Orientierung hieran vorgenommen.

einer entsprechenden Anwendung noch anhand ihrer Zielsetzung anzupassen. So sieht beispielsweise § 7 Nr. 1 der 5. BImSchV ein Hochschulstudium auf den Gebieten des Ingenieurwesens, der Chemie oder der Physik vor. Für den Gewässerschutzbeauftragten kommen aber ersichtlich auch beispielsweise die Studiengänge Biologie oder Umwelttechnik in Betracht. Ähnliches gilt für die übrigen Vorgaben zur Fachkunde einschließlich der Fortbildungspflicht.

Es spricht daher zur Schaffung von Rechtsklarheit und zur Gewährleistung eines einheitlichen Vollzugs viel dafür, nach dem Vorbild des zweiten Abschnitts der 5. BImSchV eine ausdrückliche Regelung zur Fachkunde und Zuverlässigkeit von Gewässerschutzbeauftragten zu schaffen. Dies könnte beispielsweise im Rahmen einer einheitlichen Verordnung für Umweltbeauftragte erfolgen, um die vom Gesetzgeber beabsichtigte Harmonisierung weiter voranzutreiben.

Empfehlung:

Es sollten in einer neuen Rechtsverordnung – unter Anpassung des WHG – klare Regelungen zur Bestellung von Gewässerschutzbeauftragten (insbesondere für Konzerne und externe Beauftragte) sowie zu deren Fachkunde und Zuverlässigkeit aufgestellt werden. Hierbei böte es sich an, die Regelungen zu den Immissionsschutz-, Störfall-, Abfall- und Gewässerschutzbeauftragten in einer einheitlichen Verordnung über Umweltbeauftragte zusammenzufassen.

3.10.2 Pflichtenkreis der Gewässerschutzbeauftragten

Die einzelnen Aufgaben der Gewässerschutzbeauftragten einschließlich der jährlichen Berichtspflicht sind in § 65 WHG in nicht zu beanstandender Weise und im Wesentlichen praxisgerecht geregelt.

Der gemäß § 65 Abs. 2 WHG mindestens jährlich gegenüber dem Gewässerbenutzer zu erstattende Bericht über die Tätigkeit des Gewässerschutzbeauftragten soll dazu dienen, dem Gewässerbenutzer ein ungeschöntes Bild vom Stand der Einhaltung wasserrechtlicher Vorgaben sowie eventuellen Verbesserungsmöglichkeiten und -erfordernissen zu vermitteln.³⁸⁹ Der Bericht ist daher den Überwachungsbehörden nicht herauszugeben und darf von diesen nicht herausverlangt werden.³⁹⁰

³⁸⁹ Hünnekens, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, Stand: September 2018, § 65 WHG Rn. 24.
³⁹⁰ S. z. B. Gößl, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG AbwAG, Stand: Juni 2018, § 65 WHG Rn. 34.

Für den Bereich der Anlagen, die der Industrieemissions-Richtlinie 2010/75/EU unterfallen, sieht § 52 Abs. 1b Satz 2 BImSchG für die Durchführung der behördlichen Überwachung auch die „Überprüfung interner Berichte“ vor. Dies darf aus den vorgenannten Erwägungen indes nicht zur Vorlagepflicht auch des Berichts des Gewässerschutzbeauftragten führen.³⁹¹ Zur Vermeidung von Missverständnissen und zur Wahrung des offenen Vertrauensverhältnisses zwischen Gewässerbenutzer und Beauftragtem sollte gleichwohl entweder allgemein in § 52 Abs. 1b BImSchG oder speziell in § 65 Abs. 2 WHG ausdrücklich kargestellt werden, dass der Bericht des Beauftragten nicht im Rahmen der behördlichen Überwachung herauszugeben ist.

Empfehlung:

Es sollte entweder allgemein in § 52 Abs. 1b BImSchG oder speziell in § 65 Abs. 2 WHG ausdrücklich kargestellt werden, dass der Bericht des Beauftragten nicht im Rahmen der behördlichen Überwachung herauszugeben ist.

Die Behörde kann die Pflichten des Gewässerschutzbeauftragten gemäß § 65 Abs. 3 WHG näher konkretisieren, erforderlichenfalls erweitern und sogar beschränken. Eine Beschränkung kommt beispielsweise bei bereits anderweitig vorliegenden Messergebnissen oder bei sich im Einzelfall überschneidenden Aufgabenbereichen mit anderen Umweltbeauftragten in Betracht.³⁹² Dies ist – insbesondere solange an der Trennung der verschiedenen Umweltbeauftragten festgehalten wird – nicht zu beanstanden.

3.10.3 Begriffliche Angleichung an das Abfallrecht

Der in § 65 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 WHG verwendete Begriff der Reststoffe sollte entsprechend der bereits vor einiger Zeit erfolgten Anpassung von § 5 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG an die abfallrechtliche Terminologie angepasst und durch den Begriff Abfälle ersetzt werden.³⁹³

Empfehlung:

Der in § 65 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 WHG verwendete Begriff der Reststoffe sollte an die abfallrechtliche Terminologie angepasst und durch den Begriff Abfälle ersetzt werden.

³⁹¹ Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, Stand: April 2019, § 65 WHG Rn. 24a.

³⁹² Vgl. Göbl, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG AbwAG, Stand: Juni 2018, § 65 WHG Rn. 40.

³⁹³ Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, Stand: April 2019, § 65 WHG Rn. 16.

3.10.4 Rechtsstellung der Gewässerschutzbeauftragten

Für die Rechtsstellung des Gewässerschutzbeauftragten ordnet § 66 WHG die entsprechende Anwendung der §§ 55 bis 58 BImSchG an.³⁹⁴ Die §§ 56 und 57 BImSchG sehen eine Beteiligung des Beauftragten vor bestimmten immissionsschutzrelevanten Entscheidungen des Betreibers sowie, für den Fall, dass sich der Beauftragte mit dem jeweiligen Betriebsleiter nicht einigen kann und er der Sache besondere Bedeutung beimisst, ein Vortragsrecht gegenüber der Unternehmensleitung vor. Das Immissionsschutzrecht scheint hierbei strukturell eher von einer Anbindung des Beauftragten unmittelbar an den einzelnen Betrieb auszugehen³⁹⁵, wohingegen die Pflicht zur Bestellung eines Gewässerschutzbeauftragten betriebsübergreifend an die Summe der möglichen Einleitungen anknüpft. Dieser Unterschied führt indes – soweit ersichtlich – bisher kaum zu praktischen Problemen, zumal auch im Immissionsschutzrecht weitergehende Zuständigkeiten vorgesehen sind.³⁹⁶

§ 58 BImSchG enthält Vorgaben zum Benachteiligungsverbot und zum Kündigungsschutz. Diese haben sich im Wesentlichen in der Praxis bewährt.

Empfehlung:

Eine weitergehende Anpassung der Rechtsstellung der Gewässerschutzbeauftragten scheint nicht erforderlich.

3.11 Wasserpreiskontrolle

Das Kartellrecht stellt für Wasserversorgungsunternehmen in den §§ 31, 31a und 31b des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) besondere Regeln bereit.³⁹⁷ Zum einen wird das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen gemäß § 1 GWB durch eine Bereichsausnahme für bestimmte Verträge der Wasserwirtschaft gelockert. Zum an-

³⁹⁴ Nach dem Wortlaut der Vorschrift gilt diese Verweisung (nur) für das Verhältnis zwischen dem Gewässerebenutzer und dem Gewässerschutzbeauftragten. Hiermit dürfte aber keine Beschränkung beispielsweise im Verhältnis zu Behörden beabsichtigt sein. Vgl. Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, Stand: April 2019, § 66 WHG, Rn. 1.

³⁹⁵ In diese Richtung deuten wohl insbesondere § 54 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 BImSchG und § 1 Abs. 1 der 5. BImSchV. Dagegen könnte freilich § 53 Abs. 1 Satz 1 BImSchG sprechen.

³⁹⁶ Vgl. §§ 3 und 4 der 5. BImSchV.

³⁹⁷ Vgl. Zuber, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, vor § 31 GWB Rn. 1 ff.; Becker, in: Langen/Bunte, Deutsches Kartellrecht, 13. Aufl. 2018, § 31 GWB Rn. 1 ff.; Klaue, in: Immenga/Mestmäcker, Deutsches Kartellrecht, 5. Aufl. 2014, § 31 Rn. 1 ff.; Reif/Daiber, in: Münchener Kommentar GWB, 2. Aufl. 2015, § 31 GWB Rn. 1 ff.; Just/Steinbarth, in: Schulte/Just, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 31 GWB Rn. 1 ff.

deren werden die Wasserversorgungsunternehmen – im Gegenzug für die Bereichsausnahme vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen – im Rahmen der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht einer Wasserpreiskontrolle unterstellt.

3.11.1 Geltende Rechtslage

3.11.1.1 Bereichsausnahme vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen

Nach § 31 Abs. 1 GWB gilt im Bereich der Wasserwirtschaft für Demarkationsverträge, Konzessionsverträge, Höchstpreisbindungen und Verbundverträge eine Bereichsausnahme vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen gemäß § 1 GWB. Dadurch soll den Wasserversorgungsunternehmen die Erzielung von Größen-, Verbund- und Rationalisierungsvorteilen ermöglicht werden.³⁹⁸ Der Gesetzgeber geht davon aus, dass dies angesichts der besonderen Bedingungen und Strukturen der Wasserwirtschaft im Interesse einer verlässlichen und preisgünstigen Wasserversorgung gerechtfertigt ist.³⁹⁹

- *Demarkationsverträge*: Nach § 31 Abs. 1 Nr. 1 GWB sind Verträge von Wasserversorgungsunternehmen mit anderen Wasserversorgungsunternehmen oder mit Gebietskörperschaften vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen freigestellt, soweit sich damit ein Vertragsbeteiligter verpflichtet, in einem bestimmten Gebiet eine öffentliche Wasserversorgung über feste Leitungswege zu unterlassen. Die Freistellung gilt insbesondere für Verträge, die den Wasserversorgungsunternehmen ein Recht zur ausschließlichen Versorgung eines bestimmten Gebietes absichern.⁴⁰⁰
- *Konzessionsverträge*: § 31 Abs. 1 Nr. 2 GWB erfasst Verträge zwischen Wasserversorgungsunternehmen und Gebietskörperschaften, soweit sich damit eine Gebietskörperschaft verpflichtet, die Verlegung und den Betrieb von Leitungen auf oder unter öffentlichen Wegen für eine bestehende oder beabsichtigte unmittelbare öffentliche Wasserversorgung von Letztverbrauchern im Gebiet der Gebietskörperschaft ausschließlich einem Versorgungsunternehmen zu gestatten.

³⁹⁸ Zuber, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, vor § 31 GWB Rn. 3 f.; Becker, in: Langen/Bunte, Deutsches Kartellrecht, 13. Aufl. 2018, § 31 GWB Rn. 23.

³⁹⁹ BT-Drs. 17/9852, S. 25.

⁴⁰⁰ Just/Steinbarth, in: Schulte/Just, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 31 GWB Rn. 14.

- *Höchstpreisbindungen*: § 31 Abs. 1 Nr. 3 GWB stellt Verträge zwischen Wasserversorgungsunternehmen der Verteilungsstufe vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen frei, soweit sich damit ein Wasserversorgungsunternehmen der Verteilungsstufe verpflichtet, seine Abnehmer mit Wasser über feste Leitungswege nicht zu ungünstigeren Preisen oder Bedingungen zu versorgen, als sie das zuliefernde Wasserversorgungsunternehmen seinen vergleichbaren Abnehmern gewährt. Die Freistellung soll gewährleisten, dass Kunden von Verteilerunternehmen dadurch, dass diese bei der Versorgung zwischengeschaltet sind, keine Nachteile entstehen.⁴⁰¹
- *Verbundverträge*: Verbundverträge i. S. d. § 31 Abs. 1 Nr. 4 GWB sind Verträge zwischen Wasserversorgungsunternehmen, soweit sie zu dem Zweck abgeschlossen worden sind, bestimmte Versorgungsleistungen über feste Leitungswege einem oder mehreren Versorgungsunternehmen ausschließlich zur Durchführung der öffentlichen Versorgung zur Verfügung zu stellen.

Wasserversorgungsunternehmen sind nach der Legaldefinition in § 31 Abs. 1 GWB Unternehmen der öffentlichen Versorgung mit Wasser.⁴⁰² An einer öffentlichen Versorgung mit Wasser fehlt es, wenn Wasser nur für die eigene Verwendung hergestellt und nicht an Dritte geliefert wird.⁴⁰³ An einer öffentlichen Versorgung mit Wasser fehlt es darüber hinaus auch, wenn ein Wasserproduzent, ohne für ein bestimmtes Gebiet allgemein mit der Wasserversorgung betraut zu sein, Unternehmen beliefert, die ihrerseits in einem Gebiet eine Vielzahl von Abnehmern beliefern.⁴⁰⁴

3.11.1.2 Wasserpreiskontrolle im Rahmen der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht

Im Gegenzug für die Freistellung der in § 31 Abs. 1 GWB genannten Vertragstypen vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen werden Wasserversorgungsunternehmen in § 31 Abs. 3 GWB einer verschärften Missbrauchsaufsicht unterstellt.⁴⁰⁵ Auf diese Weise soll nicht nur der mit der Ausnahme vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen verbundenen besonderen Missbrauchsgefahr begegnet werden. Wie sich aus § 31b Abs. 4 GWB ergibt, sollen die Wasserversorgungsunternehmen zugleich auch

⁴⁰¹ Zuber, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann (Hrsg.), Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, vor § 31 GWB Rn. 6.

⁴⁰² Zur Unternehmenseigenschaft öffentlich-rechtlich organisierter Wasserversorger BGH, Beschluss vom 18.10.2011 – KVR 9/11 –, Niederbarnimer Wasserverband, juris.

⁴⁰³ Bechtold/Bosch, GWB, 8. Aufl. 2018, § 31 Rn. 4.

⁴⁰⁴ Ebd.

⁴⁰⁵ BT-Drs. 17/9852, S. 25.

im Interesse einer sicheren und günstigen Versorgung der Abnehmer dazu angehalten werden, unter Wahrung ihrer Leistungsfähigkeit Größen-, Verbund- und Rationalisierungsvorteile auszunutzen.⁴⁰⁶

Das Missbrauchsverbot des § 31 Abs. 3 GWB wird in § 31 Abs. 4 Nr. 1 bis Nr. 3 GWB durch einen nicht abschließenden Katalog von Beispielsfällen eines sog. Ausbeutungsmisbrauchs nach dem Konzept des „Als-ob“-Wettbewerbs, dem Vergleichsmarktkonzept und dem Konzept der Kostenkontrolle ergänzt.⁴⁰⁷

- *Konzept des „Als-ob“-Wettbewerbs:* Nach § 31 Abs. 4 Nr. 1 GWB liegt ein Missbrauch vor, wenn das Marktverhalten eines Wasserversorgungsunternehmens den Grundsätzen zuwiderläuft, die für das Marktverhalten von Unternehmen bei wirksamem Wettbewerb bestimmend sind. Missbräuchlich ist danach ein Marktverhalten, dass bei wirksamem Wettbewerb nicht möglich wäre.
- *Vergleichsmarktkonzept:* Nach dem in § 31 Abs. 4 Nr. 2 GWB verankerten Vergleichsmarktkonzept liegt ein Missbrauch auch vor, wenn ein Wasserversorgungsunternehmen von seinen Abnehmern ungünstigere Preise oder Geschäftsbedingungen fordert als gleichartige Wasserversorgungsunternehmen, es sei denn, das Wasserversorgungsunternehmen weist nach, dass der Unterschied auf abweichenden Umständen beruht, die ihm nicht zurechenbar sind.
- *Konzept der Kostenkontrolle:* Nach § 31 Abs. 4 Nr. 3 GWB liegt ein Missbrauch ebenfalls vor, wenn ein Wasserversorgungsunternehmen Entgelte fordert, die die Kosten in unangemessener Weise überschreiten.

3.11.1.3 Bisherige Entscheidungspraxis

Die Wasserpreiskontrolle im Rahmen der besonderen Missbrauchsaufsicht über Wasserversorgungsunternehmen hat in den letzten Jahren größere praktische Bedeutung erlangt.⁴⁰⁸ Den Ausgangspunkt bildete im Jahr 2007 eine Preissenkungsverfügung der Landeskartellbehörde Hessen gegen den Wasserversorger der Stadt Wetzlar, die der BGH in einer Grundsatzentscheidung im Wesentlichen bestätigt hat.⁴⁰⁹ Hieran anknüpfend haben

⁴⁰⁶ Just/Steinbarth, in: Schulte/Just, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 31 GWB Rn. 22.

⁴⁰⁷ Becker, in: Langen/Bunte, Deutsches Kartellrecht, 13. Aufl. 2018, § 31 GWB Rn. 38.

⁴⁰⁸ Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2011/2012, S. 106 ff.; Daiber, Wasserversorgung und Vergleichsmarktkonzept, NJW 2013, 1990 ff.

⁴⁰⁹ Landeskartellbehörde Hessen, Verfügung vom 09.05.2007 – III 2 A - 78 k 20/01 - 556-06 –, WuW/E DE-V 1487 ff.; BGH, Beschluss vom 02.02.2010 – KVR 66.08 –, Wasserpreise Wetzlar, juris.

auch andere Kartellbehörden die Preise von Wasserversorgungsunternehmen geprüft und entsprechende Missbrauchsverfahren eingeleitet.⁴¹⁰ Bundesweite Beachtung hat etwa das Verfahren der Landeskartellbehörde Baden-Württemberg gegen den Wasserversorger der Stadt Calw erlangt, das im Jahr 2011 mit einer auf das allgemeine Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung gestützten Rückzahlungsanordnung abgeschlossen wurde.⁴¹¹

Das Bundeskartellamt hat im Jahr 2010 ein Missbrauchsverfahren gegen den größten deutschen Wasserversorger, die Berliner Wasserbetriebe, eingeleitet. Nach umfangreichen Ermittlungen zur großstädtischen Wasserversorgung und Abfrage von Struktur- und Finanzdaten von 45 deutschen Wasserversorgungsunternehmen, darunter die 38 deutschen Städte mit mehr als 200.000 Einwohnern, hat das Bundeskartellamt die Preise der Wasserversorger in Hamburg, München und Köln aufgrund strukturell vergleichbarer Versorgungsbedingungen als Vergleichsmaßstab herangezogen und auf dieser Grundlage missbräuchlich überhöhte Trinkwasserpreise der Berliner Wasserbetriebe festgestellt. Daraufhin hat das Bundeskartellamt im Jahr 2012 die Absenkung der Trinkwasserpreise um ca. 18 % für den Zeitraum von 2012 bis 2015 angeordnet.⁴¹² Das OLG Düsseldorf hat die Preissenkungsverfügung des Bundeskartellamtes gegen die Berliner Wasserbetriebe im Februar 2014 bestätigt.⁴¹³ Weitere Verfahren des Bundeskartellamtes betrafen Wasserversorger in Mainz und Wuppertal.⁴¹⁴

3.11.1.4 Keine kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht über öffentlich-rechtliche Wassergebühren

Der Gesetzgeber hat im Jahr 2013 in § 185 Abs. 1 Satz 2 GWB (§ 130 Abs. 1 Satz 2 GWB a. F.) klargestellt, dass öffentlich-rechtliche Gebühren und Beiträge nicht der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht unterliegen. Damit ist die Aufsicht über Wasserentgelte zweigeteilt. Ist ein Wasserversorger privatrechtlich organisiert oder erhebt ein öffentlich-rechtlicher Wasserversorger privatrechtliche Preise, unterliegen die Wasserpreise der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht.⁴¹⁵ Die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht erlaubt es

⁴¹⁰ Bundeskartellamt, Bericht über die großstädtische Trinkwasserversorgung in Deutschland, Stand: 30.06.2016, S. 91 f.

⁴¹¹ BGH, Beschluss vom 15.05.2012 – KVR 51.11 –, Wasserpreise Calw I, juris; BGH, Beschluss vom 14.07.2015 – KVR 77.13 –, Wasserpreise Calw II, juris.

⁴¹² Bundeskartellamt, Beschluss vom 04.06.2012 – B8-40.10 –.

⁴¹³ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24.02.2014 – VI-2 Kart 4.12 (V) –, Berliner Wasserbetriebe, juris.

⁴¹⁴ Bundeskartellamt, Bericht über die großstädtische Trinkwasserversorgung in Deutschland, Stand: 30.06.2016, S. 93 f.

⁴¹⁵ Darüber hinaus ist eine zivilrechtliche Kontrolle am Maßstab von § 315 BGB möglich.

insbesondere, nach dem Vergleichsmarktkonzept das Entgelt bzw. den Erlös des betroffenen Wasserversorgers dem Entgelt bzw. Erlös anderer Wasserversorger im Sinne eines Benchmarkings gegenüberzustellen, sodass es der schwierigen Prüfung der einzelnen Kostenpositionen nicht bedarf.⁴¹⁶ Erheben öffentlich-rechtliche Wasserversorger demgegenüber Wassergebühren, unterliegen diese ausschließlich der Kommunalaufsicht der Länder, bei der es sich um eine reine Rechtsaufsicht handelt.⁴¹⁷ Eine umfassende Kostenkontrolle und insbesondere eine Effizienzkontrolle finden im Rahmen der kommunalrechtlichen Gebührenaufsicht in der Regel nicht statt.⁴¹⁸ Auch im Rahmen der verwaltungsgerichtlichen Prüfung von Wassergebühren werden die Gebührenbescheide im Wesentlichen nur auf ihre inhaltliche Übereinstimmung mit der Gebührensatzung und auch die Gebührensatzungen nur auf ihre Rechtmäßigkeit überprüft.⁴¹⁹ Vor diesem Hintergrund sind zahlreiche öffentliche Wasserversorgungsunternehmen im Rahmen der in der Rechtsprechung anerkannten Gestaltungsfreiheit⁴²⁰ dazu übergegangen, anstelle von privatrechtlichen Preisen – im Sinne einer „Flucht in die Gebühr“ – öffentlich-rechtliche Gebühren zu erheben.⁴²¹

Die dadurch bewirkte materielle Zweiteilung der Aufsicht über Wasserentgelte erscheint angesichts der besonderen Strukturen im Bereich der Wasserversorgung aus ökonomischer Sicht nicht überzeugend.⁴²² Aufgrund der bestehenden natürlichen Monopole, die aus Gründen der Versorgungssicherheit regelmäßig auch rechtlich abgesichert werden, kann es zu Ineffizienzen und damit zu überhöhten Entgelten kommen. Es bedarf daher unabhängig von der rechtlichen Ausgestaltung der Leistungsbeziehung der Wasserversorger zu den Abnehmern einer wirksamen Aufsicht zur Identifizierung und Unterbindung überhöhter Wasserentgelte.⁴²³

⁴¹⁶ S. vorstehend 3.11.1.2.

⁴¹⁷ Bundeskartellamt, Bericht über die großstädtische Trinkwasserversorgung in Deutschland, Stand: 30.06.2016, S. 104 ff.; Monopolkommission, XX. Hauptgutachten 2014, Rn. 1216 ff.; Becker, in: Langen/Bunte, Deutsches Kartellrecht, 13. Aufl. 2018, § 31 GWB Rn. 10.

⁴¹⁸ Ebd.

⁴¹⁹ Bundeskartellamt, Bericht über die großstädtische Trinkwasserversorgung in Deutschland, Stand: 30.06.2016, S. 105; Monopolkommission, XX. Hauptgutachten 2014, Rn. 1216 ff.

⁴²⁰ OLG Frankfurt, Beschluss vom 20.09.2011 – 11 W 24.11 (Kart) –, Rekommunalisierung, juris, Rn. 28.

⁴²¹ Bundeskartellamt, Bericht über die großstädtische Trinkwasserversorgung in Deutschland, Stand: 30.06.2016, S. 106 f.; Becker, in: Langen/Bunte, Deutsches Kartellrecht, 13. Aufl. 2018, § 31 GWB Rn. 38.

⁴²² Monopolkommission, XX. Hauptgutachten 2014, Rn. 1216 ff.; Bundeskartellamt, Bericht über die großstädtische Trinkwasserversorgung in Deutschland, Stand: 30.06.2016, S. 105 f.

⁴²³ Ebd.

3.11.2 Reformansätze

3.11.2.1 Wasserpreiskontrolle

Zur effektiveren Kompensation des fehlenden Wettbewerbsdrucks in der monopolistisch strukturierten Wasserversorgung werden im Wesentlichen folgende Ansätze diskutiert:

- Die Monopolkommission und Teile der Literatur sprechen sich für eine *Ex-ante*-Regulierung der Endkundenentgelte sämtlicher Wasserversorger unabhängig von der Rechtsnatur der Leistungsbeziehung zu den Abnehmern aus.⁴²⁴ Dagegen spricht jedoch, dass eine Regulierung nicht nur der Netze, sondern der Wasserversorgung insgesamt erforderlich wäre, da ein Durchleitungswettbewerb aufgrund technischer Hürden kaum möglich ist.⁴²⁵ Dies würde neben der Wasserverteilung auch den Wasservertrieb mit den jeweiligen Kosten einschließen.⁴²⁶ Zudem müsste im Rahmen einer Regulierung der Endkundenentgelte auch die Wassergewinnung erfasst werden – einschließlich Qualität und Nachhaltigkeit der Versorgung.⁴²⁷ Angesichts der über 6.000 in Deutschland tätigen Wasserversorger und der erheblichen Unterschiede insbesondere in infrastruktureller, topographischer und geologischer Hinsicht wäre dies nur mit einem enormen bürokratischen Aufwand umsetzbar.⁴²⁸
- Das Bundeskartellamt favorisiert deshalb eine effektive kartellrechtliche *Ex-post*-Missbrauchsaufsicht, die nur dort tätig wird, wo konkrete Anhaltspunkte für missbräuchliche Preisüberhöhungen vorliegen.⁴²⁹ Obwohl sich der Gesetzgeber im Jahr 2013 ausdrücklich gegen eine Anwendung der Missbrauchsvorschriften auf öffentlich-rechtliche Gebühren entschieden hat, hält das Bundeskartellamt eine Anwen-

⁴²⁴ Monopolkommission, XX. Hauptgutachten 2014, Rn. 1250; XVIII. Hauptgutachten, Rn. 20 ff.; Reif/Daiber, in: Münchener Kommentar GWB, 2. Aufl. 2015, § 31 GWB Rn. 44.

⁴²⁵ Bundeskartellamt, Bericht über die großstädtische Trinkwasserversorgung in Deutschland, Stand: 30.06.2016, S. 108 f.

⁴²⁶ Ebd.

⁴²⁷ Ebd.

⁴²⁸ Bundesrat, Stellungnahme zum XIX. Hauptgutachten der Monopolkommission, BR-Drs. 234/13, S. 4 f.; Bundeskartellamt, Bericht über die großstädtische Trinkwasserversorgung in Deutschland, Stand: 30.06.2016, S. 108 f.

⁴²⁹ Bundeskartellamt, Bericht über die großstädtische Trinkwasserversorgung in Deutschland, Stand: 30.06.2016, S. 109 f.

derung der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle auf alle Wasserentgelte für sinnvoll.⁴³⁰ Der BGH hatte im Jahr 2011 noch zur alten Rechtslage in einem Obiter Dictum erkennen lassen, eine Anwendung der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht auf öffentlich-rechtliche Wassergebühren nicht von vornherein auszuschließen.⁴³¹

- Sollte die kartellrechtliche Kontrolle über Wassergebühren ausgeschlossen bleiben, spricht sich das Bundeskartellamt für eine stärkere Effizienzkontrolle der Wasserversorger im Rahmen der Kommunalaufsicht zur Annäherung der Aufsichtsregime über Wasserpreise und -gebühren aus.⁴³² Damit wären die Abnehmer der Wasserversorger nicht nur besser vor möglicherweise überhöhten Wassergebühren geschützt.⁴³³ Auch die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht könnte gestärkt werden, da so die Anreize der Wasserversorger zu einer „Flucht in die Gebühr“ verringert werden.⁴³⁴ Die praktische Durchführung solcher Effizienzprüfungen dürfte die Kommunalaufsichtsbehörden jedoch vor erhebliche Herausforderung stellen, da es regelmäßig an der für eine Effizienzprüfung erforderlichen Ausstattung fehlen dürfte.⁴³⁵
- Sollte sich eine effektivere Ausgestaltung der Aufsicht über Wasserentgelte nicht realisieren lassen, sprechen sich sowohl das Bundeskartellamt als auch die Monopolkommission für Maßnahmen zur Stärkung des Effizienzbewusstseins der Wasserversorger aus, um überhöhten Entgelten im Vorhinein entgegenzuwirken.⁴³⁶ Vorgeschlagen werden insbesondere der weitere Ausbau von Benchmarking-Projekten und die Schaffung einer höheren Preis- und Gebührentransparenz.⁴³⁷

Zur Kompensation des fehlenden Wettbewerbsdrucks aufgrund der monopolistischen Strukturen im Bereich der Wasserversorgung erscheint die Anwendung der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht auch auf Gebühren vorzugswürdig. Damit wäre die Zweiteilung der Aufsicht über die Wasserentgelte in formeller und materieller Hinsicht beseitigt und eine gleichermaßen wirksame Effizienzkontrolle für alle Wasserversorger gewährleistet.

⁴³⁰ Ebd.

⁴³¹ BGH, Beschluss vom 18.10.2011 – KVR 9/11 –, Niederbarnimer Wasserverband, juris, Rn. 11.

⁴³² Bundeskartellamt, Bericht über die großstädtische Trinkwasserversorgung in Deutschland, Stand: 30.06.2016, S. 110.

⁴³³ Ebd.

⁴³⁴ Ebd.

⁴³⁵ Ebd.

⁴³⁶ Bundeskartellamt, Bericht über die großstädtische Trinkwasserversorgung in Deutschland, Stand: 30.06.2016, S. 110 ff.; Monopolkommission, XX. Hauptgutachten 2014, Rn. 1245 ff.

⁴³⁷ Ebd.; vgl. hierzu auch Reif/Daiber, in: Münchener Kommentar GWB, 2. Aufl. 2015, § 31 Rn. 21 ff.

Der Vorteil gegenüber einer nur materiellen Annäherung der Aufsichtsregime über Wasserpreise und -gebühren besteht darin, dass mit dem Bundeskartellamt und den Landeskartellbehörden geeignete Behörden zur Durchführung einer wirksamen Entgeltkontrolle bereitstehen und es nicht der anderenfalls erforderlichen Bereitstellung entsprechender Expertise auf Ebene der Kommunalaufsichtsbehörden bedarf. Daneben sollten die genannten Maßnahmen zur weiteren Stärkung des Effizienzbewusstseins der Wasserversorger umgesetzt werden, um überhöhten Entgelten im Vorhinein entgegenzuwirken.

Empfehlung:

Wasserpreise und -gebühren sollten einer gleichermaßen wirksamen Aufsicht unterstellt werden, um Ineffizienzen und damit überhöhten Entgelten infolge der monopolistischen Marktstrukturen im Bereich der leitungsgebundenen Wasserversorgung vorzubeugen. Wenn eine unter Effizienzgesichtspunkten vorzugswürdige kartellrechtliche Kontrolle über Wassergebühren ausgeschlossen bleiben soll, ist eine materielle Annäherung der Aufsichtsregime in Betracht zu ziehen; und es sollten Maßnahmen zur weiteren Stärkung des Effizienzbewusstseins der Wasserversorger umgesetzt werden.

3.11.2.2 Bereichsausnahme

Die Bereichsausnahme nach § 31 Abs. 1 GWB für Demarkationsverträge, Konzessionsverträge, Höchstpreisbindungen und Verbundverträge soll – wie bereits vorstehend unter 3.11.1.1 ausgeführt – den Wasserversorgungsunternehmen die Erzielung von Größen-, Verbund- und Rationalisierungsvorteilen im Interesse einer verlässlichen und preisgünstigen Wasserversorgung ermöglichen. Nicht zuletzt weil die Trinkwasserversorgung eine öffentliche Aufgabe der Daseinsvorsorge darstellt, wird das Festhalten des Gesetzgebers an der Bereichsausnahme nur vereinzelt in Frage gestellt.⁴³⁸ Dementsprechend erfasst auch das neue Recht der Konzessionsvergabe, das mit der Vergaberechtsreform in das GWB umgesetzt worden ist, nicht die Vergabe von Wasserkonzessionen (vgl. §§ 148 ff. GWB). Auch wenn die Regelungen des § 46 EnWG nach allgemeiner Auffassung keine Anwendung auf Konzessionsverträge im Wasserbereich finden und es sich bei der Konzessionsvergabe im Wasserbereich nicht um eine Vergabe i. S. v. §§ 97 ff. GWB handelt, ist ein „Wettbewerb um den Markt“ dadurch eröffnet, dass Wasserkonzessionen mit Binnenmarktrelevanz in regelmäßigen Abständen in einem wettbewerblichen Auswahlverfahren zu vergeben und dabei nach ständiger Rechtsprechung des EuGH die Grundsätze

⁴³⁸

Reif/Daiber, in: Münchener Kommentar GWB, 2. Aufl. 2015, § 31 Rn. 45 ff.

des Unionsprimärrechts wie freier Wettbewerb, Gleichbehandlung, Verhältnismäßigkeit und Transparenz zu beachten sind.⁴³⁹

Außerhalb des Anwendungsbereichs der Bereichsausnahme nach § 31 Abs. 1 GWB dürfen zur Rechtfertigung etwaiger beschränkender Vereinbarungen die allgemeinen Freistellungsmöglichkeiten nach § 2 GWB (ggf. i. V. m. einer auch im deutschen Recht unmittelbar anwendbaren EU-Gruppenfreistellungsverordnung) oder § 3 GWB, der eine besondere Freistellung für sog. Mittelstandskooperationen vorsieht, regelmäßig ausreichend sein. So sind nach § 2 Abs. 1 GWB insbesondere Vereinbarungen, durch die die Warenerzeugung verbessert oder der technische Fortschritt gefördert wird, vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen befreit, sofern die damit verbundenen Beschränkungen nicht über das erforderliche Mindestmaß hinausgehen und Wettbewerb nicht ganz oder zu einem wesentlichen Teil ausgeschaltet wird. Soweit dies im Einzelfall etwa für die maritime Wirtschaft nicht ausreichen sollte, ist rechtspolitisch eine Korrektur durch spezielle kartellrechtliche Bereichsausnahmen beispielsweise nach dem Vorbild des § 46 Abs. 1 BWaldG einer Ausweitung der Sonderregeln für die Wasserwirtschaft in den §§ 31–31b GWB vorzuziehen.⁴⁴⁰

Empfehlung:

Durch die Freistellung bestimmter Vertragsarten vom kartellrechtlichen Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen in § 31 Abs. 1 GWB ist es im Interesse einer verlässlichen und preisgünstigen Wasserversorgung bereits nach geltendem Recht möglich, die im Bereich der leitungsgebundenen Wasserversorgung bestehenden natürlichen Gebietsmonopole zur Erzielung von Größen-, Verbund- und Rationalisierungsvorteilen rechtlich abzusichern. Soweit rechtspolitisch auch über die allgemeinen Freistellungsmöglichkeiten nach §§ 2, 3 GWB hinaus zusätzliche Ausnahmen vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen gemäß § 1 GWB zur Eröffnung weiterer Handlungsspielräume etwa mit Blick auf die maritime Wirtschaft in Betracht gezogen werden, sind spezielle kartellrechtliche Bereichsausnahmen beispielsweise nach dem Vorbild des § 46 Abs. 1 BWaldG einer Ausweitung der Sonderregeln für die Wasserwirtschaft in den §§ 31–31b GWB vorzuziehen (soweit der Anwendungsbereich des EU-Kartellrechts eröffnet ist, ergänzt durch entsprechende Regelungen im europäischen Recht).

⁴³⁹ Vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.03.2018 – VI-2 U (Kart) 6/16 –, juris, Rn. 50, bestätigt durch BGH, Beschluss vom 26.02.2019 – KZR 22/18 –, juris; Landeskartellbehörde Niedersachsen, Hinweise zur Vergabe von Wasserkonzessionsverträgen gemäß §§ 31, 31a GWB (Stand: 17.04.2019), abrufbar über die Internetseite der Behörde.

⁴⁴⁰ Nach § 46 Abs. 1 BWaldG (Bundeswaldgesetz) sind der Verkauf von Holz und die Erbringung von forstwirtschaftlichen Dienstleistungen vom Anwendungsbereich des § 1 GWB ausgenommen. Im Anwendungsbereich des EU-Kartellrechts bedarf es einer Bereichsausnahme im europäischen Recht.

4. Zusammenstellung der konkreten Empfehlungen

Die einzelnen in dem vorstehenden Kapitel 3. entwickelten Empfehlungen sind nachfolgend nochmals in ihrer Gesamtheit zusammengestellt.

4.1 Bewirtschaftung oberirdischer Gewässer

- Im Interesse der Rechtssicherheit sollte die in der Rechtsprechung des EuGH zur Weservertiefung erreichte Konkretisierung des Begriffs der Verschlechterung des ökologischen Zustands bzw. des ökologischen Potenzials von Oberflächenwasserkörpern im Wege einer Legaldefinition kodifiziert werden. Dabei spricht unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH und des BVerwG viel dafür, diese Begriffsbestimmung in einheitlicher Form sowohl für den ökologischen Zustand bzw. das ökologische Potenzial als auch für den chemischen Zustand von Oberflächenwasserkörpern vorzunehmen. Da bislang weder geklärt noch absehbar ist, inwieweit das Begriffsverständnis des EuGH auch auf Grundwasserkörper übertragbar ist, bietet es sich zur Vermeidung systematischer Unklarheiten aber an, die Legaldefinition nicht in das WHG, sondern (jedenfalls zunächst nur) in die OGewV aufzunehmen.
- Im Rahmen der Legaldefinition(en) des Verschlechterungsbegriffs oder außerhalb hiervon sollte im WHG zudem im Interesse der Rechtssicherheit und der Einheitlichkeit des Vollzugs festgeschrieben werden, dass lediglich lokale, nur kurzfristige und messtechnisch nicht erfassbare Veränderungen sowie Veränderungen von Parametern, die sich innerhalb der natürlichen Band- und Schwankungsbreite bewegen, keine Verschlechterung darstellen. Ob der unionsrechtliche Rahmen Raum für eine darüber hinausgehende – vor dem Hintergrund von Zurechnungsunsicherheiten durchaus sachgerechte oder sogar gebotene – Erheblichkeitsschwelle lässt, erscheint angesichts der Rechtsprechung des EuGH im Weservertiefungsurteil unsicher. Auf die Anerkennung einer solchen Erheblichkeitsschwelle sollte zur Vermeidung von Zweifeln an der Unionsrechtskonformität einer entsprechenden nationalen Regelung vor diesem Hintergrund vorzugsweise auf EU-Ebene im Rahmen des sog. Fitness Checks der Richtlinie hingewirkt werden.

- § 5 Abs. 4 OGewV sollte dahingehend ergänzt bzw. präzisiert werden, dass auch die chemischen Qualitätskomponenten gemäß Nr. 3.1 der Anlage 3 i. V. m. Anlage 6 OGewV (sog. flussgebietspezifische Schadstoffe) – ebenso wie die hydro-morphologischen und allgemeinen physikalisch-chemischen Qualitätskomponenten – bei der Bewertung der biologischen Qualitätskomponenten und damit auch bei der Prüfung des Verschlechterungsverbotes grundsätzlich (nur) unterstützend heranzuziehen sind.
- Die in den Tabellen 2 bis 6 der Anlage 4 zur OGewV enthaltenen qualitätskomponentenspezifischen Einstufungskriterien für den sehr guten, guten und mäßigen ökologischen Zustand bestimmter Oberflächengewässertypen bzw. für deren sehr gutes, gutes oder mäßiges ökologisches Potenzial sind – wie in Nr. 1.4.1 iii) von Anhang V zur WRRL in Bezug auf die ökologischen Qualitätsquotienten angelegt – um Bestimmungen für die unteren beiden Zustands- bzw. Potenzialklassen (unbefriedigend und schlecht) zu erweitern. Eine rechtssichere fachgutachterliche Einordnung allein auf der Grundlage der allgemein-abstrakten Vorgaben in den Spalten 4 und 5 der Tabelle 1 ohne weitere Konkretisierungen erscheint kaum möglich.
- Für die Einstufung des chemischen Zustands eines Oberflächenwasserkörpers anhand der in Tabelle 2 der Anlage 8 zur OGewV aufgeführten Umweltqualitätsnormen (vgl. § 6 Satz 1 OGewV) sollte festgelegt werden, wie im Rahmen des Verschlechterungsverbotes mit natürlichen Hintergrundkonzentrationen von Stoffen oberhalb der jeweiligen Umweltqualitätsnormen umzugehen ist. Die Regelung ist so auszugestalten, dass die zuständige Behörde innerhalb einer bestimmten, das reguläre Zulassungsverfahren nicht unverhältnismäßig verzögernden Frist eine abweichende Umweltqualitätsnorm für den betroffenen Stoff und den jeweiligen Oberflächenwasserkörper festzulegen hat.
- Im WHG sollte geregelt werden, in welcher Form die für die Bewirtschaftungs- und Maßnahmenplanung gemäß §§ 82, 83 WHG zuständige Behörde in Zulassungsverfahren zu beteiligen ist, sofern etwa Fristverlängerungen in Anspruch genommen oder abweichende Bewirtschaftungsziele festgelegt werden sollen. Zu erwägen ist auch, die zuständige Behörde im Falle erkannter Defizite der Bewirtschaftungs- und Maßnahmenplanung, die zulasten des Antragstellers gehen würden, innerhalb angemessener Frist zur Prüfung entsprechender Anpassungen zu verpflichten.

- Es sollte geprüft werden, ob und inwieweit die Öffnungsklausel in § 29 Abs. 3 Satz 2 WHG, nach der weitere Fristverlängerungen zur Erreichung eines guten ökologischen und guten chemischen Zustands von oberirdischen Gewässern über den 22.12.2027 hinausgehend möglich sind, im Rahmen der zwingenden unionsrechtlichen Vorgaben inhaltlich erweitert werden kann.
- Im Rahmen der Ausnahmegvorschrift des § 31 Abs. 2 WHG sollte durch eine entsprechende Ergänzung im ersten Satzteil klargestellt werden, dass eine Ausnahme auch bei Nichterreichen des guten ökologischen Potenzials eines künstlichen oder erheblich veränderten Oberflächenwasserkörpers in Betracht kommt. Zudem sollte geprüft werden, inwieweit der unionsrechtliche Rahmen es zulässt, § 31 Abs. 2 Satz 1 WHG – namentlich die Voraussetzung einer neuen Veränderung der physischen Gewässereigenschaften – dahingehend zu erweitern, dass auch stoffliche Veränderungen des Gewässerzustands (jedenfalls als Folge hydromorphologischer Eingriffe) ausnahmefähig sind.
- Die in § 31 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 WHG geregelte Alternativenprüfung ist hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung hinreichend eng. Es sollte jedoch erwogen werden, die räumliche und sachliche Reichweite der erforderlichen Betrachtung klarzustellen.
- Es sollte im WHG klargestellt werden, dass in Fällen, in denen relevante Auswirkungen des Vorhabens auf den Gewässerzustand bereits auf der Grundlage einer Vorprüfung mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen werden können, auf eine gutachterlich unterlegte Vollprüfung verzichtet werden kann.

4.2 Bewirtschaftung des Grundwassers

- § 47 Abs. 1 Nr. 3 WHG fordert hinsichtlich des Verbesserungsgebotes für Grundwasser nur die Erhaltung oder Erreichung eines guten chemischen und eines guten mengenmäßigen Zustands des Grundwasserkörpers. Das Erreichen eines guten ökologischen Zustands bzw. eines guten ökologischen Potenzials wird analog zur WRRL nicht eingefordert. Daran ist festzuhalten, da bislang einschlägige fachliche Standards und Bewertungsmethoden fehlen.

- Eine Konkretisierung des Begriffes der Verschlechterung gemäß § 47 Abs. 1 Nr. 1 WHG unmittelbar im WHG wird im Hinblick auf die Besonderheiten des Begriffes der Verschlechterung des Grundwassers und die bereits in der GrwV normierten Modifizierungen nicht empfohlen.
- Eine gesetzgeberische Klarstellung des Verhältnisses von Besorgnisgrundsatz (§ 48 Abs. 1 Satz 1 WHG) und Verschlechterungsverbot (§ 47 Abs. 1 Nr. 1 WHG) erscheint angesichts zu erwartender weiterer Konkretisierungen durch Rechtsprechung und behördliche Praxis aktuell weder erforderlich noch geboten.
- Es sollte geprüft werden, inwieweit das Ausnahmeregime des § 47 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. § 31 Abs. 2 Nr. 1 WHG dahingehend präzisiert bzw. erweitert werden kann, dass – bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen – auch Verschlechterungen des chemischen Zustands aufgrund stofflicher Einträge ausnahmefähig sind. Alternativ hierzu kommt die Einführung einer eigenen Ausnahmvorschrift zu den Bewirtschaftungszielen für Grundwasserkörper (z. B. in § 47 Abs. 3 oder in einem neuen § 47a WHG) in Betracht.
- Es sollte davon abgesehen werden, im Rahmen des Besorgnisgrundsatzes gemäß § 48 Abs. 1 WHG auf die Ausnahmvorschriften zu den Bewirtschaftungszielen gemäß § 47 Abs. 3 WHG zu verweisen.
- Auf eine gesetzgeberische Regelung dergestalt, dass das Trendumkehrgebot nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 WHG zur Entlastung der Behörden und zur Verfahrensvereinfachung nicht bei jeder Zulassungsentscheidung zwingend behördlich zu prüfen ist, sollte (vorerst) verzichtet werden. Zum einen ist nicht gesichert, dass der EuGH die Vereinbarkeit einer solchen nationalen Vorschrift mit den Vorgaben der WRRL bestätigen würde. Zum anderen ist die Relevanz des Trendumkehrgebots in der Praxis ohnehin begrenzt.
- Die Festschreibung von Geringfügigkeitsschwellenwerten (GFS-Werten) kann dazu beitragen, die behördlichen Zulassungsverfahren auf praktikable und sachgerechte Weise zu vereinfachen. Dies setzt in jedem Fall voraus, dass derartige Werte verhältnismäßig und praxisgerecht gewählt und kontinuierlich an den Stand der Wissenschaft angepasst werden. Auch die bereits seit langem diskutierte Mantelverordnung erscheint als sinnvolles Instrument im Sinne einer Vereinheitlichung und Vereinfachung.

4.3 Verfahren für die Erteilung wasserrechtlicher Gestattungen

- In § 15 Abs. 1 WHG sollten die Voraussetzungen für die Erteilung einer gehobenen Erlaubnis in Form von Regelbeispielen konkretisiert werden.
- Das Verhältnis der wasserrechtlichen Gestattungen zum wasserwirtschaftlichen Anlagenrecht (§ 36 WHG) sollte bundesrechtlich einheitlich geregelt werden.
- Ausbau- und Unterhaltungsmaßnahmen des Bundes in Bundeswasserstraßen sollten von der länderrechtlichen Entgeltspflicht befreit werden, indem in § 9 Abs. 3 Satz 1 WHG klargestellt wird, dass solche Maßnahmen keine Gewässerbenutzungen darstellen.
- Für die Verlängerung wasserrechtlicher Gestattungen sollte eine Vorschrift geschaffen werden, die verfahrens- und materiell-rechtliche Erleichterungen vorsieht. Dabei könnte z. B. in einem neuen § 15a WHG geregelt werden, dass Erlaubnis und Bewilligung auf Antrag und ohne ein erneutes Verfahren um eine angemessene Frist verlängert werden können, sofern sich seit der Erteilung die maßgebliche Sach- und Rechtslage nicht wesentlich geändert haben und die Vorschriften des UVPG nicht entgegenstehen. Hinsichtlich der Sachlage könnte entsprechend der Rechtsprechung des BVerwG vorgesehen werden, dass es auf den tatsächlichen Zustand des Gewässers zum Zeitpunkt des Ablaufs der Erlaubnis oder Bewilligung ankommt.
- Für die Änderung wasserrechtlicher Gestattungen sollten – z. B. in einem neuen § 9a und § 9b WHG – eigene Vorschriften für ein Anzeigeverfahren bei unwesentlichen und ein Änderungsverfahren bei wesentlichen Änderungen von Gewässerbenutzungen geschaffen werden.

4.4 Anlagen an Gewässern

- Das Tatbestandsmerkmal „Vereinbarkeit mit dem Wohl der Allgemeinheit“ in den landesrechtlichen Regelungen zum wasserrechtlichen Genehmigungserfordernis für Anlagen in, an, über und unter oberirdischen Gewässern sollte dahingehend konkretisiert werden, dass es sich allein auf wasserhaushaltliche Belange bezieht. Zudem sollte in den Landesgesetzen klargestellt werden, dass lediglich lokale negative Beeinträchtigungen der Genehmigung nicht entgegenstehen, wenn die Auswirkungen der Anlage auf den in § 36 WHG genannten Schutzstandard insgesamt positiv oder neutral sind.

- Es bedarf einer klarstellenden Regelung dazu, dass wasserrechtliche Genehmigungen für Anlagen in, an, über oder unter oberirdischen Gewässern nur dann im Einvernehmen mit dem jeweiligen Träger der Planungshoheit ergehen müssen, wenn die wasserrechtliche Genehmigung die Baugenehmigung oder eine andere baurechtliche Entscheidung konzentriert.
- Das WHG sollte zur Reduzierung von Wettbewerbsnachteilen zwischen den Bundesländern einen bundeseinheitlichen Begriff für Anlagen der Gewässerunterhaltung vorsehen und diese Anlagen von etwaigen landesrechtlichen Genehmigungserfordernissen ausnehmen.
- In Ergänzung zu § 36 Abs. 1 Satz 2 WHG sollte klargestellt werden, dass der materiell-rechtliche Schutzstandard des § 36 Abs. 1 Satz 1 WHG auch für solche Anlagen in, an, über oder unter oberirdischen Gewässern gilt, die nach den landesrechtlichen Vorschriften keiner wasserrechtlichen Genehmigung bedürfen.
- Die in einigen Landeswassergesetzen vorgeschriebene zwingende Befristung der Genehmigung sollte gestrichen werden. Stattdessen könnten entsprechende Widerrufsvorbehalte oder eine gesetzliche Regelung zu nachträglichen Anordnungen die Wahrung der Anforderungen des § 36 Abs. 1 WHG hinreichend gewährleisten.

4.5 Abwasserbeseitigung

- Es sollte überlegt werden, für Kläranlagen die sogenannte vierte Reinigungsstufe, also eine weitergehende Abwasserreinigung zur Eliminierung von Mikroverunreinigungen, flächendeckend im „Bedarfsfall“, d. h. gekoppelt an das Vorliegen bestimmter Voraussetzungen vorzuschreiben.
- § 4 Abs. 1 Satz 1 IZÜV schreibt für bestimmte anlagebezogene Zulassungsverfahren die Beteiligung der Öffentlichkeit und den Zugang zu Informationen vor. Aufgrund unionsrechtlicher Vorgaben der Richtlinie über Industrieemissionen (IE-RL) ist die Regelung um weitere Verfahren zu ergänzen. Konkret geht es um Verfahren zur Aktualisierung von Genehmigungen, in denen – im Einklang mit dem Unionsrecht – aufgrund besonderer technischer Merkmale, aufgrund des geographischen Standortes oder aufgrund der lokalen Umweltbedingungen weniger strenge Emissi-

onsgrenzwerte festgelegt werden, sowie um Verfahren zur Aktualisierung von Genehmigungen im Anschluss an die Überprüfung der in der Genehmigung festgelegten Emissionsgrenzwerte.

- In § 57 Abs. 4 WHG sollten die in Art. 15 Abs. 4 IE-RL unionsrechtlich vorgesehenen Ausnahmetatbestände zur Relativierung der maßgeblichen Emissionsstandards vollständig aufgenommen werden.
- In § 57 Abs. 3 Satz 1 WHG sollte auf das Merkmal der Einleitungsrelevanz verzichtet werden.
- Durch eine Ergänzung des § 60 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b) WHG sollte klargestellt werden, dass die Einleitung häuslichen Abwassers aus Nebeneinrichtungen einer Abwasseranlage oder der in sie einleitenden Industriebetriebe nicht dazu führt, dass aus der selbstständigen Industriekläranlage eine Gemeinschaftsanlage wird.
- Der Bundesgesetzgeber sollte eine im Einzelfall widerlegbare bundeseinheitliche Typisierung zur Vereinheitlichung der Qualitätsstandards für das Niederschlagswasser in Anknüpfung an die Herkunft des Niederschlagswassers und unter Berücksichtigung der Auswirkungen auf den Oberflächenwasserkörper festlegen.

4.6 Wasserrechtliche Planfeststellungsverfahren und Planungsbeschleunigung

- Planungs- und Zulassungsverfahren für komplexe Vorhaben können nicht beliebig beschleunigt werden. Insbesondere ist die Öffentlichkeitsbeteiligung bei allen Zulassungsentscheidungen, die einer Umweltverträglichkeitsprüfung bedürfen, aufgrund unionsrechtlicher Vorgaben unverzichtbar und nicht disponibel. Auch eine substantielle Verkürzung der Auslegungsfristen kommt aus unionsrechtlichen Gründen nicht in Betracht.
- Der Erörterungstermin für wasserrechtliche Planfeststellungsverfahren sollte fakultativ ausgestaltet sein. Dies eröffnet der zuständigen Behörde die Möglichkeit, in geeigneten Fällen von der Durchführung eines Erörterungstermins abzusehen.
- Die Öffentlichkeitsbeteiligung bei wasserrechtlichen Planfeststellungsverfahren sollte zukünftig vollständig und ausschließlich elektronisch durchgeführt werden. Sowohl die elektronische Bekanntmachung als auch eine „elektronische Auslegung“ sollten das bisherige Verfahren vollständig ersetzen.

- Für Planfeststellungsverfahren nach dem WaStrG und dem WHG sollte ein bereits vor der Zulassungsentscheidung liegender Stichtag als maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage bestimmt werden können. Als maßgebliche Zäsur könnte etwa der Abschluss des Anhörungsverfahrens (Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung) oder sogar bereits das Datum der Einreichung der Antragsunterlagen gelten.
- Die Voraussetzungen für den Verzicht auf eine erneute Öffentlichkeitsbeteiligung bei nachträglicher Anpassung und Ergänzung von Antragsunterlagen sollten präzisiert werden. Auf diese Weise würde mehr Rechtssicherheit hinsichtlich der Frage geschaffen, wann im Falle einer Änderung des Vorhabens von einer Öffentlichkeitsbeteiligung abgesehen werden kann, und das Verfahren damit insgesamt beschleunigt.
- Auch im Rahmen des WHG sollte die Planfeststellungsbehörde einen Projektmanager mit der Vorbereitung und Durchführung von Verfahrensschritten betrauen können. Auch dies könnte zu einer Beschleunigung der Verfahren und darüber hinaus zu einer Verbesserung der Qualität der behördlichen Abschlussentscheidung beitragen.
- Die für den Vollzug wasserrechtlicher Vorschriften zuständigen Umweltverwaltungen sollten personell so ausgestattet sein, dass sie die ihnen übertragenen Aufgaben sachgerecht und ohne vermeidbare Verzögerungen erledigen können. Das macht in vielen Verwaltungen eine deutliche Aufstockung der personellen Ressourcen erforderlich.

4.7 Umgang mit wassergefährdenden Stoffen

- Die Privilegierungsvorschrift für Anlagen zum Umschlag wassergefährdender Vorschriften in § 62 Abs. 1 Satz 3 Alt. 1 WHG sollte auch in ihrem Wortlaut klar zum Ausdruck bringen, dass der Gesetzgeber für diese Anlagen geringere Zulassungsanforderungen stellt. Die Vorschrift sollte zudem die in der Rechtsprechung festgelegten Konkretisierungen aufgreifen.
- Der Anwendungsbereich von § 62 Abs. 1 Satz 3 Alt. 1 WHG ist gesetzlich zu konkretisieren bzw. zu erweitern. Der wasserhaushaltsrechtliche Begriff der Umschlaganlage gemäß § 62 Abs. 1 Satz 3 WHG sollte in § 3 WHG legaldefiniert werden.

Umfasst sein sollten neben den in § 2 Abs. 23 AwSV genannten Anlagen auch Anlagen des intermodalen Verkehrs gemäß § 2 Abs. 24 AwSV sowie Flächen für umschlagbedingte kurzfristige Zwischenlagerungen von unverpackten wassergefährdenden Stoffen.

- Die Öffnungsklausel des § 62 Abs. 5 WHG sollte dahingehend eingeschränkt werden, dass die landesrechtlichen Regelungen der Privilegierung von Umschlaganlagen i. S. d. § 62 Abs. 1 Satz 3 WHG hinreichend Rechnung tragen müssen. Insbesondere sollten bei der Festlegung von Überschwemmungsgebieten – über § 50 AwSV hinausgehend – für Umschlagsplätze keine Maßnahmen auferlegt werden, die die Zulassung von Umschlaganlagen weiter einschränken. Ähnliches sollte auch für die Schutzzonen IIIA und IIIB von Wasserschutzgebieten erwogen werden.
- Bei Umschlagflächen für feste wassergefährdende Stoffe sollte eine Rückhaltung unter den Voraussetzungen des § 26 Abs. 2 AwSV nicht erforderlich sein, wenn der Zutritt von Niederschlagswasser oder anderem Wasser nicht unter allen Betriebsbedingungen verhindert werden kann. In Betracht kommt dabei ein Verweis auf § 26 Abs. 2 AwSV in § 28 Abs. 2 AwSV.
- § 28 Abs. 1 AwSV sollte auch auf Anlagen zur kurzfristigen Zwischenlagerung von unverpackten (leicht) wassergefährdenden Stoffen anwendbar sein.
- Die Privilegierung in § 28 Abs. 2 AwSV sollte auch für Verkehrsflächen gelten, auf denen Transportmittel mit unverpackten (leicht) wassergefährdenden Stoffen und abgedeckten Schüttgütern rangieren.
- Der Begriff der Umschlaganlage des intermodalen Verkehrs i. S. d. AwSV ist dahingehend zu präzisieren, dass Roll on-/Roll off-Anlagen, die ganz oder teilweise dem Transport von (leicht) wassergefährdenden Schüttgütern dienen, auch dem Anwendungsbereich von § 29 AwSV unterliegen.
- In § 50 Abs. 1 AwSV sollte klargestellt werden, dass die besonderen Anforderungen an Anlagen in festgesetzten und vorläufig gesicherten Überschwemmungsgebieten für Umschlaganlagen einschließlich Anlagen zur vorübergehenden transportbedingten Zwischenlagerung regelmäßig durch betriebliche Maßnahmen gewahrt werden können.

- Ein unmittelbarer Anpassungsbedarf in der Abgrenzung bzw. Überschneidung von Wasserrecht und Gefahrgutbeförderungsrecht ist nicht erkennbar.

4.8 Hochwasserschutz

- Im Hinblick auf die bauleitplanerischen Regelungen besteht für Hafenanlagen kein Änderungsbedarf.
- § 68 Abs. 1 WHG sollte um die Regelung ergänzt werden, dass das Planfeststellungserfordernis auch für trimodale Hafenanlagen gilt.
- Es sollte in § 78 Abs. 1 Satz 1 WHG klargestellt werden, dass die planungsrechtlichen Restriktionen sich auch auf Flächennutzungspläne beziehen.
- Den Belangen des § 78 Abs. 3 Satz 1 WHG sollten auch weiterhin gegenüber anderen Belangen für die bauleitplanerische Abwägung kein besonderer Stellenwert im Sinne eines strikt zu beachtenden sog. Planungsleitsatzes oder eines Optimierunggebotes zukommen.
- In Anlehnung an § 16 BNatSchG sollte § 77 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 WHG um eine Regelung über ein Retentionsraumkonto ergänzt werden. Die Regelung sollte es ermöglichen, Retentionsraum schaffende Maßnahmen, die nicht oder nicht vollumfänglich dem Ausgleich eines an anderer Stelle verloren gehenden Retentionsraums dienen, auf einem sogenannten Retentionsraumkonto für zukünftige ausgleichsbedürftige Vorhaben zu bevorraten.
- Obwohl zweifelhaft erscheint, ob § 78b WHG den vorbeugenden Hochwasserschutz stärkt, dürfte eine Änderung mangels ausreichender Erfahrungen mit der Regelung zum gegenwärtigen Zeitpunkt (noch) nicht sinnvoll sein.
- Die Regelung des § 78d Abs. 4 WHG ist im Sinne des Hochwasserschutzes zu begrüßen, da sie darauf abzielt, eine Flächenversiegelung zu begrenzen und damit Hochwassergefahren zu verringern. Auch für diese Regelung gilt, dass es angesichts fehlender Erfahrungen mit ihrer Anwendung nicht sinnvoll ist, eine Anpassung vorzunehmen.

- Die Restriktionen aus § 78 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 BauGB sollten auf Verfahren nach § 30 BauGB in Bebauungsplänen begrenzt werden, die vor dem 01.01.2018 rechts-wirksam geworden sind.
- Die Neuregelung eines Verbots der Lagerung von wassergefährdenden Stoffen au-ßerhalb von Anlagen in festgesetzten Überschwemmungsgebieten (§ 78a Abs. 1 Nr. 3 WHG) ist sinnvoll; Anpassungsbedarf besteht insoweit nicht.
- Die Neuregelungen zur Enteignung (§ 71 Abs. 2 WHG), zur vorzeitigen Besitzein-weisung (§ 71a WHG) und zum Vorkaufsrecht (§ 99a WHG) sind dazu geeignet, solche Maßnahmen schneller umsetzen zu können und damit den Hochwasserschutz zu verbessern; auch insoweit bedarf es keiner weitergehenden Anpassungen.

4.9 Wasserschutzgebiete

- An dem allgemein anerkannten Schutzzonenkonzept für Trinkwasserschutzgebiete (vgl. § 51 Abs. 2 WHG) sollte festgehalten werden.
- Die Befreiungsvoraussetzungen für Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen in Wasserschutzgebieten gemäß § 49 Abs. 4 AwSV sollten reduziert werden. Ausreichend dürfte es sein, neben der Nichtbeeinträchtigung des Schutzzwecks des Schutzgebietes (Nr. 2) lediglich ein – § 31 Abs. 2 Nr. 2 BauGB vergleichbares – Vertretbarkeitskriterium festzulegen.
- Die Öffnungsklausel für noch strengere Regelungen in landesrechtlichen Schutzge-bietsverordnungen gemäß § 49 Abs. 5 AwSV sollte dahingehend eingeschränkt werden, dass strengere Regelungen für die Zulassung von Anlagen in der Schutz-zone III nur bei einer Untergliederung der Schutzzone III und ausschließlich für den inneren Bereich (Schutzzone IIIA) möglich sind. Zudem sollte die Einschränkung die Rückausnahme für die in § 49 Abs. 3 Satz 2 AwSV genannten Anlagen umfas-sen.
- Der Schutzgebetsbegriff der AwSV sollte inhaltlich beibehalten bleiben. Unabhän-gig davon sollte die begriffliche Beschränkung auf den inneren Bereich der weiteren Zone („Schutzzone IIIA“) auch in § 49 AwSV klarer zum Ausdruck kommen. Zu-dem sollte klargestellt werden, dass die Öffnungsklausel des § 49 Abs. 5 AwSV nicht die Befugnis eröffnet, die Errichtungs- und Erweiterungsverbote auch auf die

Schutzzone IIIB auszudehnen, sofern nicht bereits der empfohlenen Einschränkung der Öffnungsklausel gefolgt wird.

- Die in den Richtlinien für bautechnische Maßnahmen an Straßen in Wassergewinnungsgebieten (RiStWag) enthaltenen Vorgaben sowie die hierzu ergangene obergerichtliche Rechtsprechung sollte jedenfalls in den wesentlichen Grundzügen klarstellend im WHG oder in den Landeswassergesetzen geregelt werden. Dies gilt insbesondere für den Grundsatz der räumlichen Trennung von Straßen und Gewinnungsanlagen und die gewichtigen Gründe, unter denen von der räumlichen Trennung im Einzelfall abgesehen werden kann.
- Der Rechtsschutz gegen freiheitseinschränkende Ge- und Verbote in Wasserschutzgebietsverordnungen sollte sich nicht allein auf die Inzidenzkontrolle anlässlich etwaiger Zulassungs- oder Ordnungswidrigkeitenverfahren beschränken. Die erstmalige Ausweisung, die Änderung oder die räumliche Erweiterung von Wasserschutzgebieten sollte daher grundsätzlich in allen Bundesländern von betroffenen Privaten, in ihren Aufgaben berührten Trägern öffentlicher Belange sowie durch anerkannte Umweltvereinigungen mittels Erhebung einer abstrakten Normenkontrolle binnen Jahresfrist der gerichtlichen Überprüfung zugeführt werden können.

4.10 Gewässerschutzbeauftragte

- Es sollten in einer neuen Rechtsverordnung – unter Anpassung des WHG – klare Regelungen zur Bestellung von Gewässerschutzbeauftragten (insbesondere für Konzerne und externe Beauftragte) sowie zu deren Fachkunde und Zuverlässigkeit aufgestellt werden. Hierbei böte es sich an, die Regelungen zu den Immissionschutz-, Störfall-, Abfall- und Gewässerschutzbeauftragten in einer einheitlichen Verordnung über Umweltbeauftragte zusammenzufassen.
- Es sollte entweder allgemein in § 52 Abs. 1b BImSchG oder speziell in § 65 Abs. 2 WHG ausdrücklich klargestellt werden, dass der Bericht des Beauftragten nicht im Rahmen der behördlichen Überwachung herauszugeben ist.
- Der in § 65 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 WHG verwendete Begriff der Reststoffe sollte an die abfallrechtliche Terminologie angepasst und durch den Begriff Abfälle ersetzt werden.

- Eine weitergehende Anpassung der Rechtsstellung der Gewässerschutzbeauftragten scheint nicht erforderlich.

4.11 Wasserpreiskontrolle

- Wasserpreise und -gebühren sollten einer gleichermaßen wirksamen Aufsicht unterstellt werden, um Ineffizienzen und damit überhöhten Entgelten infolge der monopolistischen Marktstrukturen im Bereich der leitungsgebundenen Wasserversorgung vorzubeugen. Wenn eine unter Effizienzgesichtspunkten vorzugswürdige kartellrechtliche Kontrolle über Wassergebühren ausgeschlossen bleiben soll, ist zumindest eine materielle Annäherung der Aufsichtsregime für Wasserpreise und -gebühren in Betracht zu ziehen; und es sollten Maßnahmen zur weiteren Stärkung des Effizienzbewusstseins der Wasserversorger umgesetzt werden.
- Durch die Freistellung bestimmter Vertragsarten vom kartellrechtlichen Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen in § 31 Abs. 1 GWB ist es im Interesse einer verlässlichen und preisgünstigen Wasserversorgung bereits nach geltendem Recht möglich, die im Bereich der leitungsgebundenen Wasserversorgung bestehenden natürlichen Gebietsmonopole zur Erzielung von Größen-, Verbund- und Rationalisierungsvorteilen rechtlich abzusichern. Soweit rechtspolitisch auch über die allgemeinen Freistellungsmöglichkeiten nach §§ 2, 3 GWB hinaus zusätzliche Ausnahmen vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen gemäß § 1 GWB zur Eröffnung weiterer Handlungsspielräume etwa mit Blick auf die maritime Wirtschaft in Betracht gezogen werden, sind spezielle kartellrechtliche Bereichsausnahmen beispielsweise nach dem Vorbild des § 46 Abs. 1 BWaldG einer Ausweitung der Sonderregeln für die Wasserwirtschaft in den §§ 31–31b GWB vorzuziehen (soweit der Anwendungsbereich des EU-Kartellrechts eröffnet ist, ergänzt durch entsprechende Regelungen im europäischen Recht).